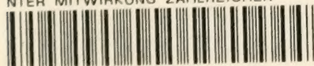

WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT





Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht,
und
Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor, Kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

5. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1907 umfassend).





Berlin, 1907.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Der gegenwärtige — fünfte — Jahrgang des Jahrbuchs ist nach denselben Grundsätzen wie seine Vorgänger bearbeitet worden. Als neue Berichtsgebiete sind das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen und das Bankdepotgesetz hinzugetreten.

Die Fülle des Materials, das in den fünf Jahrgängen geboten wird, hat in weiten Kreisen unserer Leser das Verlangen nach einem zusammenfassenden Register hervorgerufen. Ein solches Register befindet sich in Vorbereitung und wird voraussichtlich noch bis Ende dieses Jahres erscheinen.

Berlin, Juni 1907.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der im Jahrgang 1—5 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrg. 1.	Jahrg. 2.	Jahrg. 3.	Jahrg. 4.	Jahrg. 5.
Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz	1 1-728 2 1-456	1 1-138	1 1-710	1- 556	1- 637
Gerichtsverfassungsgesetz, Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz	3 1-332	—	2 320-611	663- 771	736- 901
Handelsgesetzbuch	—	2 1-268	2 1-117	556- 654	637- 729
Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz	—	—	2 176-253	850- 868	988-1027
Grundbuchordnung . . .	—	2 395-477	2 145-172	828- 849	962- 988
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz	—	2 478-530	2 253-290	800- 827	942- 962
Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung . . .	—	2 361-395	2 290-320	771- 800	902- 942
Reichshaftpflichtgesetz. . .	—	2 317-333	2 134-145	870- 879	1027-1038
Wettbewerbsgesetz	—	2 336-361	2 611-632	879- 896	1038-1053
Personenstandsgesetz . . .	—	2 333-336	2 172-176	868- 870	—
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsges. . . .	—	2 269-274	2 117-120	655- 657	729- 731
Post-, Telegraphen- u. Zollgesetzgebung	—	—	2 121-126	—	—
Gesellschaft m. b. H. . .	—	2 274-297	—	896- 908	—
Genossenschaftsgesetz . . .	—	2 297-317	—	908- 915	—
Hypothekenbankgesetz . . .	—	—	2 126-134	—	734- 736
Patentgesetz	—	—	2 632-645	—	1053-1066
Gebrauchsmusterschutz . .	—	—	2 645-647	—	1066-1068
Warenzeichenrecht	—	—	2 648-659	—	1068-1077
Gewerbliche Schutzges. .	—	—	2 660-667	—	1078-1079
Literatur und Tonkunst .	—	—	2 667-677	—	1079-1083
Verlagsrecht	—	—	2 677-680	—	1083
Gewerbeordnung	—	—	—	915- 981	—
Wechselordnung	—	—	—	981-1019	—
Bankdepotgesetz	—	—	—	—	731- 734
Versicherungsgesetz	—	—	—	—	1084-1143

Mitarbeiter des fünften Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht und Grundbuchordnung;

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—304, 398—432, 598—704, 759—763, 765—782;

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Buch II §§ 362—397, 783—853, Buch IV §§ 1589—1615, 1705—1772 und Wettbewerbsgesetz;

Dr. Hagelberg, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: ZPO. Buch I—III;

Dr. Heinrici, Amtsrichter in Oranienburg: BGB. Vereinsrecht, Buch II §§ 705—758 und HGB. II. Buch;

Dr. Isay, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Patent- und Gebrauchsmustergesetz;

Dr. Krech, Gerichtsassessor in Berlin: ZPO. Buch VIII—X und Lohnbeschlagnahmegesetz;

Magnus, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Gewerbliche, künstlerische und literarische Schutzgesetze, Warenzeichenrecht und Verlagsrecht;

Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor, Kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt: BGB. Allgemeiner Teil — mit Ausnahme des Vereinsrechts —; Buch II §§ 433—597; III. Buch mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; IV. Buch §§ 1297—1362, 1564—1588, 1699—1704;

Dr. M. Reindl, Regierungsrat in München: HGB. Buch III §§ 407—473, EisenbVO. und Reichshaftpflichtgesetz;

Dr. Richter, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz;

Dr. Riese, Landgerichtsassessor in Leipzig: Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen;

Dr. Seidel, Regierungsassessor in Cleve: BGB. V. Buch und EGGVG., GVG., EGZPO., ZPO. Buch IV—VII;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. Schultheis, Landgerichtsrat in Cassel: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht;

Dr. Sievers, Reichsgerichtsrat in Leipzig: HGB. IV. Buch, Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. Sontag, Amtsrichter in Kattowitz: HGB. Buch I und III; Bankdepotgesetz, Hypothekenbankgesetz;

Dr. Trumpler, Syndikus der Handelskammer in Frankfurt a. M.: BGB. § 764;

Vormbaum, Amtsrichter in Charlottenburg: EGBGB., EGHGB.;

Dr. v. Zahn, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: BGB. Buch II §§ 305—361;

Zelter, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht;

Zweigert, Gerichtsassessor in Zossen: Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayrische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Jherings J. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
IndustRZ. — Zeitschrift für Industrierecht.
JustdRundsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.

KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869
Markenschutz u. Wettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
AÖstGZ. = Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv usw.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZJPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
→→ ←← = Selbständiger Zusatz bezw. Entgegnung eines Autors.
→→ Red. ←← = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. 05 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Vorbemerkung zum Allgemeinen Teile.

Literatur: Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Berlin 1906. — H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1906. (Bd. 15 Heft 1 der Fischerschen Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs). — Thon, Der Normenadressat. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre, IheringsJ. **50** 1—54.

1. Auslegung des Rechtes. Für die Analogie stellt *Eltzbacher, Unterlassungsklage 90/96, folgende Grundsätze auf: a) Analogie bedeutet, daß ein allgemeiner Grundsatz, den ein Gesetz nur in seiner Anwendung auf gewisse Einzelfälle ausspricht, in seinem vollen Umfang zur Geltung gebracht wird. b) Hierzu sind wir berechtigt, gleichviel, ob die Gesetzgeber sich des Grundsatzes bewußt geworden sind oder ihn unbewußt angewandt haben. c) Wir sind aber nur dann dazu berechtigt, wenn es im Sinne des Gesetzes ist, daß der Grundsatz nicht nur in jenen Einzelfällen, sondern ganz zur Geltung kommt. d) Ob dies der Fall ist, haben wir nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung festzustellen, wir müssen also namentlich den Gang der geschichtlichen Entwickelung und den Wert des Ergebnisses ins Auge fassen.

2. Thon, IheringsJ. **50** 1 ff., erörtert die Frage, an welche Adresse die Gesetzesbefehle sich richten. Er gelangt zu folgendem Ergebnis: Die Norm ist ein Befehl, der das Verhalten derer bestimmen will, an die er sich richtet. Ist sein Inhalt allgemeiner Art, so ist er auch an die Allgemeinheit der Normunterworfenen gerichtet. Wer nicht gehorchen will, entzieht sich dem Rufe des Gesetzes. Ebenso auch der, der nicht gehorchen kann, weil er infolge geistiger Unreife oder Krankheit oder infolge eines anderen Umstandes jeder Einwirkung entrückt ist. Dennoch nimmt das Gesetz solche Personen von seinen Imperativen nicht aus, weil es unbedingt erforderlich ist, der Allgemeinheit gegenüber ein gewisses Verhalten als normwidrig zu stempeln. Für dritte, mittelbar betroffene Personen ist es von Bedeutung, zu wissen, ob sie einem normwidrigen Verhalten gegenüberstehen oder nicht. Hiernach beantwortet sich z. B. die Frage nach der Berechtigung sowohl, wie nach dem Maße einer Abwehr (46 f.).

3. *H. Lehmann untersucht zunächst das Wesen der Verbotsnorm, sowie der Unterlassungspflicht der Willensfähigen im Gegensatz zur negativen Verpflichtung Unzurechnungsfähiger, erörtert die Methode, aus dem Erklärungsinhalt und den Zwecken ausdrücklicher Rechtsbefehle unausgesprochene Verbotsnormen zu entwickeln (mittelbare Statuierung von Rechtspflichten), und gruppiert die so gefundenen Unterlassungspflichten in ihrem Verhältnis zu den positiven Pflichten nach dem verschiedenen Zwecke der Normen. (Vgl. auch u. Ziff. 2a zu § 241) (1—17); sodann untersucht er das Wesen der Unterlassungspflicht und den Handlungscharakter der Unterlassung (17—23), ferner das Wesen der Duldungspflicht, die als eine Unterart der Unterlassungspflicht charakterisiert wird (23—26), bespricht die möglichen Fälle der Duldungspflicht, ihr Verhältnis zum dinglichen Herausgabeanspruch (26—34), zum Schluß erörtert er den Charakter der Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung bei den Pfandrechten, im ehelichen Güter-

recht usw.; nach ihm handelt es sich hier nirgendwo um privatrechtliche Duldungspflichten, sondern überall um die Statuierung eines Duldungszwangs, um die Zulassung und Begrenzung des Staatszwangs gegenüber dem Duldungspflichtigen (35—50). Über die Begriffe „Rechtsverhältnis und Anspruch" s. 62—88.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Vorbemerkung: Für das Namenrecht ist von besonderer Bedeutung die Entsch. des RG. vom 26. 3. 06, welche den bereits durch die Tagespresse bekannt gewordenen Fall des Professors Biedermann, dahin entschied, daß die Benutzung des Namens nicht untersagt werden könne, wenn bei der Bezeichnung einer typischen Figur keine Beziehung zu einem bestimmten Menschen gegeben sei. (Vgl. u. Ziff. II 1 zu § 12.) Hinsichtlich des Rechts am eigenen Bilde ist dieses Mal nur die erfreuliche Tatsache hervorzuheben, das der Reichstag das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie noch drei Tage vor der Auflösung — nämlich am 10. 12. 06 — in dritter Beratung angenommen hat. Das Gesetz ist datiert vom 9. 1. 07, Reichs-Gesetz-Bl. S. 7. Hier ist besonders auf die §§ 22—24 hinzuweisen.

Literatur: Hitzig, Schriftsteller-Pseudonym und Bühnenname, ÖstZBl. **24** 881—895. — Kohler, Recht an Briefen, DJZ. **06** 51—56. — Kuhlenbeck, Einfluß seelischer Störungen auf die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit, ZBlFG. **7** 271—296.

§ 1. Thon, JheringsJ. **50** 24. Wenn auch § 1 von einer der Rechtsfähigkeit entsprechenden Pflichtfähigkeit nichts sagt, so ist der Sinn doch der, daß jeder Mensch von seiner Geburt an tauglicher Träger von Rechtsverhältnissen und mithin fähig ist, Rechte und Pflichten zu haben.

§ 5. OldZ. **33** 94 ff. (LG. Oldenburg). Volljährigkeitserklärung kann deshalb erfolgen, damit ein Minderjähriger ein von ihm geschwängertes Mädchen heiraten kann. (Ebenso KG., JDR. **3** zu § 5.) Alles sittliche Handeln fördert das Beste des Menschen.

§ 6. I. Ziff. I. 1. Geisteskrankheit und Geistesschwäche (JDR. **4** Ziff. II 1c, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. I 1). *Kuhlenbeck, ZBlFG. **7** 271 ff. Der Unterschied der juristischen und psychologischen Terminologie wird erörtert; die technischen (gesetzlichen) Begriffe werden in die Sprache der modernen (physiologischen) Psychologie übersetzt. So zunächst der Begriff der juristischen Handlungsfähigkeit überhaupt. Der Unterschied zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche im BGB. entspricht nicht der psychiatrischen Unterscheidung, hat lediglich einen Gradunterschied hinsichtlich der praktischen Urteilskraft im Auge (277 ff.). Vgl. u. Ziff. 1 zu § 104.

2. **a)** Waldow, DJZ. **06** 1090 ff. Mit dem Antrage auf Entmündigung wegen Geistesschwäche kann der Eventualantrag auf Entmündigung wegen Verschwendung verbunden werden. **b)** ElsLothJZ. **06** 277 (Colmar). Nicht die Tatsache einer geistigen Minderwertigkeit ist ein Entmündigungsgrund, sondern nur die dadurch begründete Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen. **c)** SächsRpflA. **06** 60 (Dresden) wie **RG.** JDR. **4** Ziff. II 1.

II. Ziff. 2. (JDR. **4** Ziff. II 2.) **RG.** JW. **06** 188. Erforderlich zum Begriffe der Verschwendung, daß die übermäßigen objektiv unwirtschaftlichen Aufwendungen in ursächlichem Zusammenhange mit persönlichen Eigenschaften stehen, die einen Hang zu unvernünftigen zwecklosen Ausgaben erkennen lassen.

§ 7. 1. Abs. 1. **a)** OLG. **12** 238, BayObLG. **6** 495 ff., Standesa. **06** 86 (BayObLG.). Wer von einem Orte aus einen Handel betreibt und diesen Ort so zum dauernden Mittelpunkte seiner Erwerbstätigkeit und seiner sonstigen Lebensverhält-

nisse macht, hat dort seinen Wohnsitz. Dem steht nicht entgegen, daß er dort keine eigene Wohnung hat und meistens auf Reisen ist, um Bestellungen aufzusuchen. **b)** OLG. **13** 307 (Karlsruhe). Das Innehaben einer Wohnung ist zur Begründung eines Wohnsitzes an sich weder erforderlich noch ausreichend, andererseits kann die Berufstätigkeit allein, ohne Hinzutreten einer eingerichteten Wirtschaft, zur Begründung des Wohnsitzes jedenfalls da nicht ausreichen, wo die Person an einem anderen Orte eine eingerichtete Wirtschaft und gar einen Wohnsitz hat.

2. Abs. 3. **a)** OLG. **12** 239, BayObLG. **6** 495 ff. (BayObLG.). Abmeldung eines Gewerbebetriebs an einem bestimmten Orte läßt nicht ohne weiteres auf Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes schließen. **b)** PrVerwBl. **27** 680 (PrOVG.). Ein versetzter Beamter, der seine Familie an dem Orte seiner bisherigen Wirksamkeit zurückläßt, hat nicht die Absicht, eine Wohnung an diesem Orte noch ferner inne zu haben. **c)** BadRpr. **06** 171 (BadVerwGerH.). Wenn jemandes Schiff sein Geschäftssitz, der Mittelpunkt seines Gewerbebetriebes ist, so hat er nach der Rechtsfiktion des Binnenschiffahrtsgesetzes seinen Geschäfts- und Wohnsitz am Heimatsort des Schiffes. **d)** PrVerwBl. **27** 680 (PrOVG.). Bei Streitigkeiten über die Gemeindeeinkommensteuer kommt für die Frage des Wohnsitzes nicht § 7 BGB., sondern lediglich § 1 Abs. 2 RGes. v. 13. 5. 70 in Betracht.

§ 11. **a)** PucheltsZ. **06** 644 (Colmar). Das eheliche Kind teilt den Wohnsitz des Vaters ohne Rücksicht darauf, ob dieser sich im vollen Besitz der elterlichen Gewalt befindet (vgl. Stübel, JDR. **1** Ziff. 2). Insbesondere wird die Anwendbarkeit dieses Paragraphen dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Vater die Sorge für die Person nicht zusteht. **b)** Standesa. **06** 74 (Dresden) bereits JDR. **4** Ziff. 1 b.

§ 12. I. 1. Hitzig weist auf den tatsächlichen Unterschied zwischen dem Pseudonym des Schriftstellers und dem des Schauspielers hin, indem ersterer das Pseudonym lediglich für seine schriftstellerische Tätigkeit wählt, letzterer dagegen seinen Bühnennamen auch außerhalb der Bühne, soweit dies überhaupt rechtlich zulässig ist, stets führt (882/883). Ferner erörtert H. den Schutz des Pseudonyms gegen Dritte, die dasselbe Pseudonym usurpieren und den Schutz gegen die Person, die den als Pseudonym gewählten Namen als wirklichen wählt (884 ff.). Die Beantwortung der zweiten Frage, ob das Pseudonym dem wahren Namen weichen müsse, hänge davon ab, auf welcher Seite das größere schutzwürdige Interesse liege (886).

2. Die im § 12 gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Über ihre Voraussetzungen, ihr Ziel und ihre Bedeutung eingehende Ausführungen bei *Eltzbacher, Unterlassungsklage (s. unten im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231).

II. 1. **RG.** 26. 3. 06, DJZ. **06** 543, BayRpflZ. **06** 360. § 12 ist nicht bloß dazu bestimmt, das Interesse des Namensträgers im Geschäftsverkehr oder auf dem Gebiete des Vermögensrechts, sondern jedes berechtigte Interesse, auch wenn es nur ein persönliches ist, gegen den unbefugten Gebrauch seines Namens zu schützen. — Die Frage, ob der Anspruch aus § 12 stets voraussetze, daß der andere den Namen als seinen eigenen gebrauche, die Benutzung desselben in einem Roman oder Drama daher nicht verfolgt werden könne, läßt das RG. dahingestellt, weil selbst bei der weitestgehenden Auslegung des § 12 nicht die Benutzung eines Namens zur Bezeichnung einer typischen Figur ohne jede Beziehung zu einem bestimmten Menschen darunter falle.

2. Verordnung des Königl. Sächs. Ministeriums des Innern v. 18. 11. 05 über die Hinzufügung eines zweiten Namens bei Nachfolge in eine aus Grundbesitz

errichtete Familienanwartschaft und v. 5. 2. 06 enthaltend allgemeine Grundsätze für die Genehmigung von Doppelnamen. Nur wenn besonders beachtliche Umstände für die Führung von Doppelnamen angeführt werden, soll die nachgesuchte Erlaubnis erteilt werden. Vgl. hierzu Standesa. **06** 97.

3. Zur Frage betreffs Führung des Familiennamens der nach französischem Rechte vor 1900 anerkannten unehelichen Kinder vgl. Standesa. **06** 88 ff. u. 98 ff.

4. Adelsprädikat (JDR. **4** Ziff. II 3, **3** Ziff. II 3). **a**) **RG.** SeuffA. **59** 305 ff. (JDR. **3** Ziff. II 3 a) jetzt auch GRschutz **06** 55. **b**) Über die Frage, ob der Rechtsweg zulässig ist, wenn mit der Klage zwar das Recht zur Führung eines Familiennamens mit dem Prädikate „von" geltend gemacht, aber behauptet wird, es handele sich um Führung eines bürgerlichen Namens und es werde nicht die Anerkennung der Zugehörigkeit zum Adel und nicht die Zuerkennung eines Adelsprädikats verlangt, **RG.** 16. 6. 04, GruchotsBeitr. **50** 881 ff. Es wurde festgestellt, daß die wirkliche Absicht des Klägers auf Feststellung seiner Zugehörigkeit zum Adel gerichtet sei, und der Rechtsweg für unzulässig erklärt, weil das beklagte Heroldsamt mit seinen auf die Führung des Adels bezüglichen Verfügungen seine die Standes- und Adelssachen umfassende Zuständigkeit nicht überschritten habe und diese daher der Anfechtung im ordentlichen Rechtswege nicht unterliegen (885). **c**) OLG. **12** 203 (KG.). Das Heroldsamt ist berechtigt, auf die Beseitigung unberechtigter Adelsprädikate hinzuwirken und deren Löschung im Handelsregister anzuregen und bei Ablehnung seiner Anträge Beschwerde zu führen. Mit einer Überwachung der Führung richtiger bürgerlicher Namen aber ist das Heroldsamt nicht befaßt. **d**) GoltdA. **53** 457 (Celle). Über die Frage, ob jemand befugt ist, vor seinem Familiennamen sich des Wörtchens „von" als Teil dieses Namens zu bedienen, sofern dieses nicht in der Absicht geschieht, ein Adelsprädikat anzunehmen, hat nicht das Heroldsamt, sondern das Gericht zu entscheiden. — Das Recht, einen Familiennamen mit dem davor gesetzten „von" als Teil dieses Namens zu führen, konnte vor dem BGB. durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. — Wenn im Handelsregister als Firma ein Familienname mit dem Wörtchen „von" davor eingetragen ist, so ist der Inhaber der Firma befugt, die sein Handelsgeschäft betreffenden Erklärungen mit dieser Firma zu zeichnen, solange die Rechtmäßigkeit nicht mit Erfolg angefochten ist. **e**) SächsOVG. **8** 155. Die regelmäßig in Verbindung mit adeligen Namen vorkommenden Worte „von", „aus", „zu", „von der", „aus dem" usw. sind nach dem gegenwärtigen Rechtszustande Adelszeichen, nicht Namensbestandteile. **f**) Standesa. **06** 133 (KG.) bereits JDR. **4** Ziff. II 3 b. **g**) *Neumeyer, ZStW. **27** 8 u. 24 f. Eine im Ausland erfolgte Aberkennung des Adels wird in Deutschland wirksam, wenn sie im Heimatstaat des Verurteilten erfolgt ist.

5. Vorname. **a**) Lübeck hat das AGBGB. dahin geändert, daß in einem Abs. 5 des § 1 ergänzend bestimmt wird: zur Änderung des Vornamens eines lübeckischen Staatsangehörigen ist die Ermächtigung des Senats erforderlich. **b**) BayObLG., DJZ. **06** 548, OLG. **12** 341, BayObLG. **6** 645, ZBlFG. **7** 33. Berichtigung eines Vornamens in der Geburtsurkunde auch dann zulässig, wenn der Vorname bei der Geburtsanzeige nicht richtig angegeben worden ist.

6. Verhältnis des Namenrechts zum WarenZG. (JDR. **4** Ziff. I 5, **3** Ziff. I 6.) **a**) Markenschutz u. Wettbewerb **5** 74 (Hamburg). Nicht verboten ist die im Rechte begründete, sich auf eine nach den markenrechtlichen Bestimmungen zulässige Eintragung im Zeichenregister stützende Warenbezeichnung, möge sie nun tatsächlich mit dem Namen einer Firma zusammenfallen oder nicht. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß jeder auf Grund seines Namens oder seiner Firma ein Prioritätsrecht habe, das ihm das Recht gäbe, jedem anderen die Führung dieses

Namens als Warenzeichen zu verbieten, besteht in dieser Allgemeinheit nicht. **b**) SächsRpflA. **06** 400 (Dresden). § 12 gibt die Befugnis, den Namen zur Warenbezeichnung zu verwenden, und es ist die Befugnis übertragbar, zur Ursprungsbezeichnung einer Ware einen Namen zu gebrauchen.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte. **a**) Lindemann, ZStW. **27** 65 ff. Die Rechtssphäre der fremden Persönlichkeit werde durch die Veröffentlichung von Privatbriefen in gleichem Maße beeinträchtigt, wie durch die unbefugte Verbreitung ihres Bildes. **b**) Auch Kohler, DJZ. **06** 51 ff., betrachtet das sog. Recht an Briefen unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechts. Er erachtet eine allgemeine Veröffentlichungsbefugnis bezüglich der Briefe etwa 5 Jahre nach dem Tode für ein wichtiges Gebot der Geschichte und der Gerechtigkeit und hält es für dringend wünschenswert, daß dieses Erfordernis des Rechtes durch eine gesetzliche Bestimmung erfüllt wird.

§ 18. Das KG. I 25. 1. 06, RheinARV. **24** 11 ff., OLG. **12** 298, Standesa. **06** 122, RheinA. **102** II 82, hat in derselben Sache, in der der bekannte Beschluß des Feriensenats (OLG. **6** 153, JDR. **2** Ziff. 1b) ergangen war, jetzt im entgegengesetzten Sinne wie früher entschieden und die Ausführungen des RG. 2. 3. 05, JDR. **4** (jetzt auch noch SchlHolstAnz. **06** 107) für überzeugend erklärt.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: An größeren Arbeiten liegt im Berichtsjahre lediglich das Gutachten des Wiener Professors von Herrnritt für den 28. Juristentag über die Regelung der Haftung des Staates vor. Es bringt wertvolle Beiträge aus dem österreichischen Recht zu der im Vorjahr von Geheimrat Gierke behandelten Frage (s. JDR. **4** Note 6 h zu § 89) und gelangt im wesentlichen zu denselben Ergebnissen (s. Note 5 c zu § 89). Abgesehen davon sind nur wenige Aufsätze von Altmann (§§ 21, 63), Billmann (§ 31), Delius (§ 89), Geigel (§ 89), Josef (§ 55), Moll (§ 54), Schefold (§ 89), Schultzenstein (§ 31) zu verzeichnen. Von diesen behandelt Altmann die Frage, ob die Eintragung ins Vereinsregister und die Verleihung der Rechtsfähigkeit konstitutiv wirken (§§ 21 Note 2, 22, 83); Schultzenstein gibt interessante Ausführungen über die Haftbarkeit der Vereine usw. für Verfehlungen auf dem Gebiet des öffentliches Rechtes (Note 2 zu § 31); Moll untersucht die privatrechtliche Stellung öffentlich-rechtlicher Verbände an einem Einzelfall (Note 2 zu § 54).

Die Entscheidungen sind gleichfalls weniger zahlreich, als in den Vorjahren; immerhin bieten auch sie manches Wertvolle. Wichtig ist die Entscheidung des KG. (Note 1 zu § 68), daß Eintragungen in das Vereinsregister auch über die für eintragungspflichtig erklärten Tatsachen hinaus erfolgen dürfen. — Die Rechtsprechung über den Ausschluß aus rechtsfähigen Vereinen ist auf dem früheren Standpunkt verblieben (Note zu § 39). Über die Grundsätze bei nicht rechtsfähigen Vereinen s. Note 4 zu § 54. — Hinzuweisen ist auf die Entscheidungen Note 5 zu § 54. Auch das RG. hat sich für die Möglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes auf das Vereinsvermögen, Kenntnis des Vertragsgegners vorausgesetzt, ausgesprochen. — Von praktischer Bedeutung sind die Entscheidungen zu § 32. — Endlich finden sich mehrere Urteilssprüche über die in jedem Jahre eifrig behandelte schwierige Frage, wer verfassungsmäßig berufener Vertreter einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes ist (Note 3b zu § 89). Die grundsätzliche Stellungnahme des RG. ist unverändert geblieben.

Über Kartelle u. ähnl. s. zu § 705.

1. Allgemeines. Jaeger: Hölder, Juristische und natürliche Personen, HirthsAnn. **06** 464, gibt einen Überblick über den Inhalt des Hölderschen Buches. Über dieses vgl. JDR. **4** Vorbem.

2. Sammelunternehmen. **a)** Vgl. IDR. **1** Note 4 zum 2. Titel, § 1914 Note 1 b, c, **2** Note 4 zum 2. Titel, § 54 Note 2, § 1914 Note 2, **3** Note 4 zum 2. Titel, § 54 Note 2, § 1914, **4** Note 5. **b)** PuckeltsZ. **06** 490 (Karlsruhe). Das Sammelunternehmen (zur Errichtung eines Scheffel-Denkmals in Säckingen) fällt nicht unter § 54. Weder die Spender, noch die Sammler sind in ihrer Gesamtheit als Verein aufzufassen; es fehlt ihnen die korporative Verfassung; es ist auch nicht als Gesellschaft zu beurteilen. Kontrahieren die Sammler für das Sammelvermögen, so beschränkt sich ihre Haftung auf dieses; jedenfalls dann, wenn dem Gegenkontrahenten die Absicht der Haftungsbeschränkung bekannt ist.

3. Über Kartelle, Syndikate u. dgl. vgl. die Noten zu § 705.

I. Vereine.

Allgemeines. Wann ist ein rechtsfähiger Verein verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen? OLG. **12** 413 (KG.). Zu unterscheiden sind zwei Fälle. Wenn ein gewerblicher Betrieb eines Vereins, dem vor 1900 Rechtsfähigkeit verliehen war, seiner Beschaffenheit und Einrichtung nach unter den Vereinszweck fällt, ist es nicht statthaft, den einzelnen Betrieb für sich gesondert zu betrachten und daraus die Registerpflichtigkeit herzuleiten. Der Betrieb ist vielmehr nur bei Bestimmung des Vereinszwecks im ganzen und der Entscheidung über seine Registerpflichtigkeit zu berücksichtigen. Liegt dagegen ein Einzelbetrieb vor, der seinem Wesen nach mit dem Vereinszweck nichts zu tun hat, so ist nicht der Verein als Ganzes in bezug auf seine sämtlichen Unternehmungen registerpflichtig, sondern nur in Rücksicht auf diejenigen Handelsgeschäfte, welche unter den hiernach eintragungspflichtigen Sonderbetrieb fallen. Bezüglich dieser ist er Kaufmann (§§ 1[1], 33[1], 343 HGB.).

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 21. Literatur: Altmann, R. **06** 923: Begründet die Verleihung und Eintragung in das Vereinsregister die Rechtsfähigkeit des Vereins, auch wenn sie nicht hätte stattfinden sollen? — Josef, R. **06** 1071: dass.

1. Können eintragungsfähige Vereine Rechtsfähigkeit auch durch Verleihung erwerben? **a)** Vgl. IDR. **4** Note 1. **b)** Kisch, ILBl. **18** 218, verneint die Frage gegen Gareis, Komm. Anm. 4. Die 2. Kommission hat einen Antrag, beide Möglichkeiten nebeneiander zu gewähren, abgelehnt. Der Wortlaut des Gesetzes und die Verkehrssicherheit sprechen gleichfalls dagegen.

2. Wirkt die Eintragung konstitutiv? **a)** IDR. **1** §§ 21 f. Ziff. 5 a, 6 a, b, **2** Ziff. 3, **3** das. Ziff. 6, **4** das. Ziff. 3. **b)** Josef, BuschsZ. **35** 251. Obwohl der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht, wird man wegen der praktisch unhaltbaren Folgen, den Eintragungen in das Vereinsregister konstitutive Wirkung derart beilegen müssen, daß, solange die Eintragung besteht, für das Prozeßgericht jede Nachprüfung ihrer Richtigkeit ausgeschlossen ist. **c)** Josef, R. aaO. Das Wort „erlangt" im § 21 BGB. ist ebenso auszulegen, wie im § 22, d. h. daß die Eintragung die Rechtsfähigkeit mit konstitutiver Kraft verleiht, auch wenn die gesetzlichen Erfordernisse der Eintragung nicht vorhanden waren. Jeder Verein, der in das Vereinsregister eingetragen, oder dem vom Staate die Rechtsfähigkeit verliehen ist, gilt für den Rechtsverkehr so lange als rechtsfähiger Verein, bis ihm diese Eigenschaft im Verfahren nach § 142 FGG., §§ 45—54 BGB. wieder rechtskräftig entzogen worden ist. Die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit vom Verein vorgenommenen Geschäfte ergibt sich aus § 32 FGG. **d)** Altmann aaO. Der Eintragung in das Vereinsregister kann keine formale Rechtskraft beigelegt werden. Ist die Eintragung in das Vereinsregister erfolgt, obgleich sie nicht hätte stattfinden sollen, so ist auseinanderzuhalten, ob die Unzulässigkeit darauf beruht, daß eines der zwingenden Erfordernisse für die Eintragung des

Vereins verletzt ist oder nicht. Im ersteren Falle verschafft die Eintragung dem Verein nicht die Rechtsfähigkeit, vielmehr hat in diesem Falle von Amts wegen die Löschung der Eintragung zu geschehen. Als derartige wichtige Voraussetzungen haben zu gelten: Nichtigkeit der Satzung, Nichtvorhandensein der Erfordernisse eines nicht wirtschaftlichen Vereins, Fehlen der Erfordernisse des § 57 Abs. 1 BGB. bezüglich der Satzung. Beruht dagegen die Mangelhaftigkeit der Eintragung darauf, daß die Satzung den Vorschriften der §§ 56, 57 Abs. 2, 58, 59 BGB. nicht genügt, so ist die Eintragung trotz des Mangels wirksam.

3. Aus der Praxis. **a)** Rabattsparvereine. BadRpr. **06** 141 (LG. Karlsruhe). Rabattsparvereine können eingetragen werden. Der Vereinszweck ist gemeinnützig. Es soll das sehr verbreitete, auch sittlich nicht unbedenkliche Borgsystem im täglichen Verkehr und der unlautere Wettbewerb bekämpft, der Sparsinn gefördert werden. Der Geschäftsbetrieb des Vereins dient diesem Zwecke, der als erzieherisch bezeichnet zu werden verdient. Die wirtschaftliche Förderung der Vereinsmitglieder wird nur mittelbar verfolgt. **b)** Frauendienst E. V. Delius, PrVerwBl. **38** 228. Der Landpflegeverband des Frauendienstes E. V. ist, wenn auch seine Mitglieder zugleich Mitglieder des Vereins Frauendienst sind, doch ein selbständiger Verein mit eigenen Organen.

4. Wirkung der Eintragung in das Register eines unzuständigen Gerichts. Vgl. Note zu § 55.

5. Feststellung des Vereinszwecks s. Note 2 zu § 61.

§ 22. Literatur: Altmann s. bei § 21.

Rechtliche Bedeutung der Verleihung. Altmann aaO. Wesentliche Voraussetzung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung sind: a) der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb als Zweck des Vereins, b) Zuständigkeit des die Rechtsfähigkeit verleihenden Bundesstaats. Bei Fehlen auch nur einer dieser Voraussetzungen ist der Verein trotz Verleihung der Rechtsfähigkeit nicht rechtsfähig. — Anders steht es mit der Nichtinnehaltung der sonstigen reichsgesetzlich, landesgesetzlich oder willkürlich vorgeschriebenen Bedingungen. Erfolgt die Verleihung trotz Nichterfüllung der genannten Bedingungen, so erlangt und behält der Verein die ihm gewährte Rechtsfähigkeit.

§ 24. Kann ein Verein mehr als einen Sitz haben? Kisch, JLBl. **18** 218, verneint die Frage gegen Gareis, Komm. Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen folgt, daß ein Verein nur einen Sitz haben kann; dafür spricht die ausdrückliche Hervorhebung der Möglichkeit doppelten Wohnsitzes für die physische Person im § 7. Vgl. zu § 106 HGB.

§ 26. Literatur: Planck, WürttZ. **48** 6, Die Legitimation der privatrechtlichen Vereine und Stiftungen.

1. *Planck aaO. untersucht die Schwierigkeiten, die bei der Legitimation rechtsfähiger, privatrechtlicher Vereine und Stiftungen im Grundbuchverkehr entstehen. Bei denjenigen eingetragenen Vereinen, bei denen der Vorstand mit Wirkung nach außen an die Zustimmung der Mitgliederversammlung gebunden ist, ist der Nachweis dieser Zustimmung sehr schwierig zu beschaffen, da die ordnungsmäßige Einberufung, Zusammensetzung, Beschlußfassung der Mitgliederversammlung und anderes durch öffentliche Urkunde gemäß § 29 GBO. nachgewiesen werden muß. Bei nicht eingetragenen Vereinen, bei Stiftungen alten und neuen Rechtes ist in Württemberg eine den Vorschriften des § 29 GBO. entsprechende Legitimation des Vorstandes mangels landesgesetzlicher Vorschriften überhaupt kaum möglich; es wird notwendig sein, nach Vorgängen in Norddeutschland die Aufsichtsbehörde solcher Vereine und Stiftungen zur Ausstellung von Zeugnissen über die Zusammensetzung des Vorstandes zu ermächtigen.

2. OLG. **13** 208, ElsLothJZ. **06** 642 (Colmar). In dem Vereinsstatut war die Vertretung des Vereins nach außen dem ersten Vorsitzenden übertragen. Neben demselben fungierten eine Reihe anderer Vorstandsmitglieder, deren Abstimmung im Statut geregelt war, ohne daß ihnen ausdrücklich bestimmte Gegenstände zur Abstimmung übertragen waren. Eine derartige statutarische Regelung ist dahin zu verstehen, daß sämtliche Vorstandsmitglieder über alle Rechtsgeschäfte und sonstigen Maßnahmen abzustimmen haben, welche innerhalb der Vereinsgebiete liegen. Dadurch daß der Vorsitzende des Vorstandes den Verein nach außen allein zu vertreten hat, werden die anderen Vorstandsmitglieder der ihnen nach innen dem Verein gegenüber zukommenden Rechte und Pflichten nicht entkleidet, noch der Vorsitzende von ihren Beschlüssen unabhängig. Das Registergericht hat daher mit Recht nicht nur den ersten Vorsitzenden, sondern auch die übrigen Vorstandsmitglieder als Vorstand eingetragen.

§ 28. Vgl. Note 2a zu § 89.

§ 29. **a)** Marcus teilt HoldheimsMSchr. **06** 339 eine Entscheidung mit, nach der dieser Paragraph auch auf die GmbH. Anwendung findet. **b)** Anwendbarkeit auf nicht rechtsfähige Vereine s. Note 6c zu § 54.

§ 31. Literatur: Billmann, Haftung der juristischen Personen für die zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen ihrer Vertreter. München 1906. — Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, VerwA. **14** 1.

1. *Billmann aaO. Aus den vom römischen und deutschen Rechte ausgebildeten Grundsätzen läßt sich ein Anhalt für die organische und die Fiktionstheorie nicht finden; im geltenden bürgerlichen Rechte wird der organischen Theorie nicht zum Siege verholfen; auf Grund des BGB. sowie der Materialien zu demselben ist die Handlungsfähigkeit und damit auch die Deliktsfähigkeit der juristischen Person zu verneinen. — Die Haftpflicht beruht auf einem selbständigen Obligationsgrund, der durch das Äquivalenzprinzip gerechtfertigten Haftung für fremde Schuld; hervorgegangen ist dies Prinzip aus der Erwägung des Gesetzgebers, daß derjenige, der in ausgedehntestem Maße die Vorteile der Stellvertretung genießt, in höherem Grade als andere Rechtssubjekte deren Nachteile zu tragen hat. Als Veranlasser eines Schadens erscheint nicht der Vertreter, sondern die Interessen der juristischen Person. Dieses aktive Interesse wird im BGB. zum Maßstab der Haftung der juristischen Person gemacht und ergibt zugleich deren Grenzen. § 31 BGB. bringt dies zum Ausdruck; aus dieser Intention resultiert die hier gegebene Begrenzung der Haftung, sowohl hinsichtlich der für die juristische Person vorgenommenen Handlungen, als auch der für sie handelnden Personen.

2. Haftbarkeit der juristischen Person auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes. Schultzenstein aaO. Wer durch sein Handeln einen polizeiwidrigen Zustand herbeiführt, also dessen Urheber ist, ist der Polizei gegenüber verpflichtet, ihn zu beseitigen und seine Herbeiführung zu unterlassen (8). Die Herbeiführung des Zustandes kann auch durch einen Vertreter erfolgen, dergestalt, daß durch dessen Handlungen der Vertretene verhaftet wird. Dies gilt auch von den juristischen Personen. Wenn sie auch nicht strafrechtlich zurechnungsfähig sind, besitzen sie doch die Leidensfähigkeit für die Folgen der Urheberschaft eines polizeilichen Zustandes in Ansehung ihres Vermögens. Ihre Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete des Polizeirechts ist die gleiche, wie auf dem des Zivil-, Straf- und sonstigen öffentlichen Rechtes. Auch besitzen sie Rechtsgüter, mit deren Hilfe die Beseitigung der Folgen der polizeiwidrigen Handlungen sowohl von ihnen selbst bewirkt, als ihnen gegenüber polizeilich erzwungen werden kann (34). Es wäre ungerecht, statt der juristischen Person ihre Organe heranzuziehen. Der Einwand, daß in der juristischen Person tatsächlich ihre Mitglieder, also Un-

schuldige, getroffen werden, greift nicht durch. Dazu kommt, daß im bürgerlichen Rechte die Vertretung der juristischen Personen im weitesten Umfange zugelassen ist (35). — Die Wirkungen der Handlungen des Vertreters treffen die juristische Person. Sie ist verpflichtet, den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen, welchen ihre verfassungsmäßig berufenen Organe durch eine in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangene Handlung oder m. a. W. durch eine Tätigkeit, die von ihnen als Organen bestimmungsgemäß vorgenommen werden konnte, verursacht haben (42). — Die polizeiliche Pflicht entsteht auch durch Handlungen, die das Organ einer juristischen Person in Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, ein Beamter in Ausübung des staatlichen Hoheitsrechts vornimmt (43). — Die juristische Person haftet aber auch dann, wenn der polizeiwidrige Zustand durch einen von ihrem Organ bestellten gewillkürten Vertreter (i. G. zum gesetzlichen Vertreter) herbeigeführt wird (46, 50). — Die Beseitigungsverfügung ist gegen die juristische Person zu richten; diese ist auch zu ihrer Anfechtung befugt (50).

3. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 164/65, 205/08. Wenn ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Vereins in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen eine rechtswidrige Handlung begangen hat, so kann auch gegen den Verein auf Unterlassung geklagt werden. Eine Strafdrohung kann mit der Verurteilung nicht verbunden werden. (Näheres unten im Anhang zum 6. Abschnitt des allgemeinen Teiles, hinter § 231).

4. Anwendbarkeit auf nicht rechtsfähige Vereine s. Note 6 f zu § 54.

§ 32. 1. Abs. 1 Satz 3. Kisch, JLBl. **18** 218, legt die Bestimmung gegen Gareis, Kommentar unter 8 dahin aus, daß die Mehrheit dann stets erreicht ist, wenn eine von den zur Wahl gestellten zwei oder mehr Möglichkeiten mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigt.

2. Bezeichnung des Gegenstandes. **a)** SächsRpflA. **06** 250 (Dresden). Der Vorschrift des Satz 2 Abs. 1 ist nicht genügt, wenn als „Gegenstand" der Beschlußfassung: „Eingänge, Einladungen, versch. a." bezeichnet ist. Denn ohne Angabe des Inhalts der Eingänge bleibt dunkel, über was beschlossen worden ist (s. §§ 89, 39). **b)** Vgl. unten JDR. **5** zu § 256 HGB.

3. Berufungsfrist. R. **06** 1074 (KG.). Ob eine satzungsmäßig für die Generalversammlung festgesetzte Berufungsfrist auch für außerordentliche Generalversammlungen gilt, ist Tatfrage. Die Anfechtung wegen Nichteinhaltung der Berufungsfrist wird dadurch, daß die vollzählig erschienenen Mitglieder in der Versammlung keinen Widerspruch erhoben hatten, nicht ausgeschlossen (s. zu § 67).

4. Vgl. Note 2 zu § 89.

§ 39. Nachprüfung der Ausschließung eines Mitgliedes durch Beschluß.

1. Vgl. JDR. **2** § 39 Ziff. 1, **4** das. Ziff. 2.

2. SchlHolstAnz **06** 65 (Kiel). Wenn die Satzung den Ausschluß eines Mitgliedes unter gewissen Voraussetzungen zuläßt, und die Beobachtung einer Form dafür vorschreibt, ist das Verfahren der Ausschließung damit in erschöpfender Weise geregelt. Die Beschlußfassung über den Ausschluß kann vor Gericht auf das Vorliegen der statutarischen Voraussetzungen nicht nachgeprüft werden. Darin würde ein Eingriff in das gesetzlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht des Vereins liegen; und das Vereinsleben aufs schwerste geschädigt werden. Die Nachprüfungsbefugnis kann auch nicht aus § 35 hergeleitet werden, da der Ausgeschlossene, selbst angenommen, das Mitgliedschaftsrecht fiele unter § 35, sich dem Statut, das das Ausschließungsverfahren regelt, unterworfen hat.

3. SächsRpflA. **06** 520 (Dresden). Die Gründe des Ausschlusses aus der verklagten Schützengesellschaft können durch den Prozeßrichter nicht nachgeprüft werden. Dem steht der Grundsatz der Autonomie privatrechtlicher Genossenschaften entgegen; wohl aber ist zu prüfen, ob das bei der Ausschließung beobachtete Verfahren satzungsgemäß ist.

4. **RG.** R. **06** 1434. Das BGB. räumt den Vereinen in den §§ 25 ff. grundsätzlich das Recht ein, ihre Angelegenheiten autonomisch zu regeln. Dazu gehört auch die Befugnis, die Ausschließung eines Mitglieds in der Satzung unter Ausschluß des Rechtswegs zu ordnen. Durch seinen Beitritt unterwirft sich das Mitglied freiwillig dieser Bestimmung. § 35 steht dem nicht entgegen. Denn das Mitgliedschaftsrecht ist, wenn es durch die Satzung dem Mehrheitsbeschluß der Mitgliederversammlung unterstellt wird, eben deshalb kein Sonderrecht mehr. Für das gemeine Recht, das nach Art. 82 EGBGB. noch von Bedeutung ist, gelten dieselben Grundsätze. — Dagegen unterliegt auch, wenn das Statut die Nachprüfung der Ausschließung den Gerichten entzieht, der Kontrolle der Gerichte die Frage, ob die statutarisch vorgesehenen Formen für die Ausschließung beachtet sind.

5. Vgl. unten § 54 Note 4.

§ 43. Zum Begriff des sozialpolitischen und politischen Vereins s. Note 1 zu § 61.

§ 45. Entziehung der Rechtsfähigkeit. Leonhard (s. zu § 54) 33. An die Entziehung der Rechtsfähigkeit knüpfen sich dieselben Folgen, wie an die Auflösung des Vereins, nämlich die völlige Vernichtung. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist nicht bloß eine Degradation des rechtsfähigen zum nicht rechtsfähigen Verein. (Anders Leonhard, Allg. T. d. BGB.) Dem Verein steht es aber frei, in der Satzung für den Fall, daß die Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht gleichzeitig eine Auflösung aus Gesichtspunkten des öffentlichen Rechtes ist, das Vermögen den Vereinsmitgliedern zuzuwenden.

§ 54. Literatur: Leonhard, Der Einfluß des BGB. auf nicht rechtsfähige Vereine älteren Rechtes, BayRpflZ. **06** 29. — Moll, Über die privatrechtliche Stellung von Zweckverbänden ohne die Rechte öffentlicher Körperschaften, PrVerwBl. **27** 927. — BauersZ. **13** 209: Nicht rechtsfähiger Verein und GmbH. hinsichtlich der Haftbarkeit ihrer Mitglieder.

1. Gilt § 54 auch für die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Vereine? **a)** Vgl. JDR. **2** Note 7 b, **3** Note 5, sowie die Noten zu Art. 163 EGBGB. **b)** Leonhard aaO. Art. 163 EG. ist ein Anwendungsfall des dem BGB. und EGBGB. zugrunde liegenden Prinzips, daß sie als neue Gesetze im Zweifel auf alle Rechtsverhältnisse von unabsehbarer Dauer sofort einwirken wollen. Seine Vorschriften sind daher analog auch auf die nicht rechtsfähigen Vereine anzuwenden. Die Verbände im weitesten Sinne des Wortes zerfallen in drei Gruppen: die vollkommen anerkannten, die unvollkommenerweise anerkannten und die verbotenen. Zwischen den beiden ersten bestehen so weitgehende innere Zusammenhänge, daß ein Analogieschluß zulässig erscheint. **c)** Französischrechtliche Vereine, ElsLothJZ. **06** 25. Nach den Grundsätzen des franz. Rechtes ist ein schöngeistiger Verein, dem seitens der Staatsgewalt Korporationsrechte nicht verliehen sind, nicht rechts- und erwerbsfähig, auch sind die Vorschriften über die Gesellschaft nicht anwendbar auf ihn. Hieran ist auch durch § 54 nichts geändert, da dieser keine rückwirkende Kraft hat. Erwirbt ein solcher Verein die Rechtsfähigkeit, und nimmt man an, daß dadurch seine Kontinuität nicht unterbrochen wird, so bedarf es doch zur Übertragung des ehedem den einzelnen Mitgliedern zustehenden Vereinsvermögens auf den Verein eines Übertragungsaktes. — Wenn einzelne Vereinsmitglieder das Eigentum an einem Ge-

bäude erwerben, nur weil der Verein es nicht erwerben kann, so braucht nicht immer die Sache so liegen, daß sie vorgeschobene Personen sind. Vielmehr kann die Lage auch die sein, daß sie für die gewährte finanzielle Hilfe zum Hauserwerb in ihrer Eigentümerstellung für ihre Aufwendungen eine Sicherheit haben sollen. (S. auch § 741 Note 3). **d)** OLG. **12** 3 (Breslau). Satz 2 gilt auch für die alten Vereine. Die Bestimmung trifft nicht die Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder als solcher, sondern schafft eine Haftung des für den Verein Handelnden, einerlei, ob er Vereinsmitglied ist oder nicht. Danach ist die Handlung gemäß Art. 170 EGBGB. nach dem Rechte zur Zeit ihrer Vornahme zu beurteilen.

2. Zweckverbände u. ähnl. **a)** Moll aaO. Es muß in jedem einzelnen Fall untersucht werden, ob und inwieweit ein Verband nach öffentlichem Rechte so selbständig organisiert ist, daß er für jenes als Träger selbständiger Rechte anerkannt wird, und danach muß weiter geprüft werden, ob und welche privatrechtlichen Bestimmungen geeignet erscheinen, sinngemäß auf ihn angewendet zu werden. Prüft man unter diesen Gesichtspunkten die auf Grund der PrGemO. v. 3. 7. 91 entstandenen Zweckverbände, die nicht die Rechte öffentlicher Körperschaften erworben haben, so ist zu unterscheiden zwischen den vor und nach dem 1. 1. 00 entstandenen. Letztere sind nach §§ 705 ff. BGB. zu beurteilen; doch sind sie auch passiv parteifähig. Erstere unterliegen nach wie vor dem alten Rechte (aM. wohl Leonhard s. Note 1) und zwar den Vorschriften ALR. II. 6 über erlaubte Privatgesellschaften. Beide Arten besitzen danach passive Parteifähigkeit und können in das Grundbuch eingetragen werden. Die Gesamtheit ihrer Mitglieder bzw. die von ihnen damit Beauftragten sind befähigt, für das gleichsam gebundene Zweckverbandsvermögen zur Erreichung des geplanten Zweckes unmittelbar Verbindlichkeiten einzugehen und Rechte zu erwerben; der Vorstand ist befugt, gleichsam in der Stellung eines gewöhnlichen Prozeßbevollmächtigten für sie Prozesse zu führen. — Auch den übrigen Zweckverbänden ohne Rechtsfähigkeit stehen gewisse privatrechtliche Fähigkeiten zu. **b)** Serienlosgesellschaften s. Note 3e zu § 705. **c)** Sammelunternehmen s. Vorbem. **d)** Verein oder Gesellschaft s. Note 1 zu § 705.

3. Der nicht rechtsfähige Verein im Prozeß. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 8, **3** Note 4, **4** Note 6. **b)** BadRpr. **06** 121, PucheltsZ. **06** 224 (Karlsruhe). Der beklagte nicht rechtsfähige Verein hat im Prozesse Stellung eines rechtsfähigen und kann z. B. Widerklage erheben. — Die Vereinsmitglieder, die dem Vorstand nicht angehören, können in solchem Prozeß als Zeugen vernommen werden. Zwar hat der nicht rechtsfähige Verein materiell-rechtlich keine eigene juristische Persönlichkeit, und sein Vermögen ist Vermögen seiner Mitglieder. Im Rechtsstreit, in dem der Verein Beklagter ist, stehen ihm aber seine Mitglieder als Dritte gegenüber, sie gelten nicht als Partei (§§ 239 ff. ZPO.), das Urteil ist nur gegen den Verein in dessen Vermögen vollstreckbar. Sie sind zwar wirtschaftlich am Ausgang des Rechtsstreits interessiert, aber nicht als unmittelbar Beteiligte i. S. des § 393 Ziff. 4 ZPO. anzusehen; können also auch beeidigt werden.

4. Die Ausschließung aus dem nicht rechtsfähigen Verein. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 8b, **4** Note 5, oben Note zu § 39. **b)** **RG.** JW. **06** 8. Auf eine erlaubte Privatgesellschaft im Sinne der §§ 1 ff. ALR. II. 6 (einen Kriegerverein, der Mitglied des preuß. Landeskriegerbandes ist) finden die landrechtlichen Vorschriften neben § 54 mindestens insoweit Anwendung, als es die besondere Natur der dem BGB. unbekannten erlaubten Privatgesellschaft erfordert. — Anerkannten Rechtens ist, daß gegen nicht ordnungsmäßige Beschlüsse auf Ausschließung von Mitgliedern aus ihr der Rechtsweg immer statthaft ist.

c) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1038, JW. **06** 125. Bei Gesellschaften, die im wesentlichen religiöse Zwecke verfolgen, z. B. den sog. Brüderschaften der katholischen Kirche, ist in Preußen der Rechtsweg darüber, ob der Ausschluß aus der Gesellschaft oder von einer besonderen Stellung innerhalb der Gesellschaft statutenmäßig zu Recht erfolgt ist, ausgeschlossen (GVG. §§ 13 ff., ALR. II. 6 § 44, II. 11 §§ 11, 55 ff., 939, 948; G. v. 13. 5. 73).

5. Haftung der Vereinsmitglieder für Rechtsgeschäfte des Vorstandes. Beschränkung auf das Vereinsvermögen. a) Vgl. JDR. **1** Note 7. b) HansGZ. **06** Beibl. 112, OLG. **12** 249 (Hamburg). Nach § 54[2] i. V. mit §§ 714, 427 haften die Vereinsmitglieder solidarisch für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins. Der abweichenden Ansicht Dernburgs, (3) II § 360, der die Gläubiger lediglich auf das Vereinsvermögen verweisen will, kann nicht zugestimmt werden. Die besondere Bedeutung des Satz 2 dieses Paragraphen beruht darin, daß der Gegenkontrahent geschützt werden soll, für den das Vermögen des Vereins oft schwer erkennbar und greifbar ist. Auch ist nicht abzusehen, warum der Mitkontrahent die über die Haftung des Vereinsvermögens hinausgehende, weitere Sicherheit bietende Haftung der Vereinsmitglieder mit ihrem Vermögen nicht wollen sollte. c) BadRpr. **06** 18, OLG. **12** 2 (Karlsruhe). Die Vereinsmitglieder haften persönlich und solidarisch aus den von dem Vorstand im Rahmen seiner Vertretungsmacht geschlossenen Geschäften. Ob die Haftung mit dem ganzen Vermögen oder nur mit dem Vereinsvermögen (den Beiträgen) stattfindet, folgt aus den besonderen Verhältnissen. Vorliegend bezweckt der Verein die Beschaffung von Kohlen für die Mitglieder. Hieraus, wie aus der Geringfügigkeit der Beiträge und der Persönlichkeit der Mitglieder ergibt sich, daß sie nur beschränkt haften wollten. Demgemäß ist die Vertretungsmacht des Vorstands beschränkt. Über das Vereinsvermögen hinaus kann er die Mitglieder nicht verpflichten (s. Crome, System I 262). — Der Vertragsgegner mußte diese Beschränkung den ihm bekannten Verhältnissen entnehmen. d) Die Entsch. c bestätigend: **RG.** BadRpr. **06** 189, BankA. **6** 12, DJZ. **06** 654, JW. **06** 298. Die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins können den Umfang der Vollmacht des Vorstands auch insoweit maßgebend bestimmen, als es sich um ihre persönliche Haftung handelt. Ihr Wille, nur mit dem Vereinsvermögen zu haften, kann auch als stillschweigend gewollt, aus dem Gesamtinhalt der Satzungen gefolgert werden. Dies trifft sicher dann zu, wenn der Vertragsgegner die Verhältnisse des Vereins kannte, aus denen auch die Absicht der Haftungsbeschränkung gefolgert werden mußte. Unrichtig ist der Einwand, daß der Verein sich auf diese Weise formlos die Stellung einer GmbH. verschaffen könne; er entbehrt nach wie vor der bevorzugten rechtlichen Stellung, die dieser zukommt. e) BauersZ. aaO. führt aus, daß der nicht rechtsfähige Verein die Vertretungsmacht seines Vorstands dahin beschränken kann, daß dieser das Vereinsmitglied nur in Höhe seines Anteils am Vereinsvermögen zu verpflichten imstande ist.

6. Verschiedenes. a) Einklagung der Beiträge. Die Beiträge können nur von dem Vorstand, nicht von den einzelnen Mitgliedern eingeklagt werden. Sie gehören zum Vereinsvermögen. b) Der Verein als Schiedsrichter. **RG.** BauersZ. **14** 65, PuchelsZ. **06** 311. Eine Bestimmung der Satzung, daß die Generalversammlung zur Entscheidung über alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrage berufen werde, ist unwirksam; damit wird die Gesellschaft zum Richter in eigener Sache bestellt. Dies widerspricht aber einem Fundamentalsatz des öffentlichen Rechtes. c) „Handelnder" i. S. des Satz 2. α. S. JDR. **3** Note 6 zu § 54. β. OLG. **12** 3 (Breslau). „Handelnder" i. S. des Satz 2 ist nur der, welcher das Rechtsgeschäft wirklich vornimmt.

Weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte rechtfertigen die durch Frankfurt, siehe IDR. **3** Note 6, beliebte Ausdehnung auf diejenigen, mit deren Zustimmung das Geschäft geschlossen ist. **d**) Verjährung der Ansprüche gegen den Handelnden. OLG. **12** 3 (Breslau). Die Verjährung gegen den „Handelnden" vollendet sich in der gleichen Frist wie der Anspruch gegen den Hauptschuldner. Dies folgt aus dem Wesen des Anspruchs gegen ihn, mag man ihn unter dem Gesichtspunkt der Bürgschaft oder des Gesamtschuldverhältnisses beurteilen. **e**) Anwendbarkeit des § 29. Josef, BuschsZ. **35** 251. Wenn das Amtsgericht für einen nicht rechtsfähigen Verein nach § 29 BGB. Vertreter beruft, gelten deren Handlungen nicht als Handlungen des Vereins; denn § 29 findet auf nicht rechtsfähige Vereine keine Anwendung. Der in einer von ihnen berufenen Mitgliederversammlung gewählte Vorstand ist nicht Vorstand des Vereins. Die Rechtmäßigkeit des Verfahrens des Amtsgerichts ist vom Prozeßgericht nachzuprüfen. **f**) Anwendbarkeit des § 31. BadRpr. **06** 121 (II), PucheltsZ. **06** 224 (Karlsruhe). Mit der herrschenden Meinung ist gegen Dernburg I § 167 und Hachenburg, Vorträge 487, anzunehmen, daß § 31 auf die nicht rechtsfähigen Vereine nicht anwendbar ist. Der Verein haftet daher für Handlungen seines Vorstandes, die unter §§ 824, 826 BGB. oder § 6 Unl. WG. fallen und im Rahmen des § 831 BGB. Dessen Voraussetzungen sind gegeben, wenn der Vorstand durch Mehrheitsbeschluß zur Vornahme der schädigenden Handlungsweise ausdrücklich ermächtigt worden ist, oder bei ihrer Vornahme sich im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht gehalten hat. **g**) Letztwillige Zuwendungen an den nicht rechtsfähigen Verein. SeuffBl. **06** 611 (Stuttgart). Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein mit der Wirkung, daß das Zugewendete Vermögen der Mitglieder als solcher zu gesamter Hand und zu Vereinszwecken bestimmt, also Vereinsvermögen wird, sind zulässig und rechtlich möglich. Auch besteht kein Zweifel, daß ein Vereinsmitglied in gleicher Weise wie ein Dritter zufolge Übernahme einer Verpflichtung Schuldner der zur gesamten Hand verbundenen Vereinsmitglieder werden kann, die Verpflichtung nicht etwa in betreff des auf das fragliche Vereinsmitglied entfallenden Anteils am Vereinsvermögen nichtig ist.

2. Eingetragene Vereine.

§ 55. Literatur: Josef, R. **06** 999.

Josef, aaO. Ein Verein, der seinen Sitz in A. hat, erlangt die Rechtsfähigkeit, auch wenn er versehentlich in das Vereinsregister des Amtsgerichts B. eingetragen ist; der anscheinend entgegenstehende Wortlaut des § 21 BGB., der die Eintragung in das Register des zuständigen Amtsgerichts erfordert, schließt die Anwendung des § 7 FGG. nicht aus.

§ 61. 1. Politische, sozialpolitische Vereine. Kisch, ILBl. **18** 219. Die sozialpolitischen Vereine sind nicht lediglich eine Abart der politischen. Zu den politischen gehören sowohl die, welche innerstaatliche Verhältnisse, als die, welche die Beziehungen des einen Staatswesens zu anderen im Auge haben. Danach sind politische Vereine solche, die auf das Anwachsen des Staatsgebiets hinarbeiten, die rechtliche Regelung der Handelsbeziehungen zum Auslande beeinflussen wollen, politische Bündnisse oder die Beilegung internationaler Streitigkeiten durch Schiedsgerichte bezwecken, oder auf einen anderen Staat einwirken wollen.

2. Zweck des Vereins. PrVerwBl **27** 818, EgersZ. **22** 18 (PrOVG.). Zur Ermittelung des wirklichen Zweckes des Vereins sind neben der Satzung auch Tatsachen zu berücksichtigen, die sich auf das Vereinsleben beziehen und die vom Verein verfolgten Ziele erkennen lassen. Der Verein erstrebt u. a., daß das

Anfangs- und Endgehalt, die Bewachungs- und Begleitungsgebühren der Grenz-, Zoll-, Revisions- und Steueraufseher erhöht werden, und diese Beamten den Rang der Subalternbeamten erhalten. Damit hat er Bestrebungen sozialer Natur zu seiner Aufgabe gemacht, die sozialpolitisch werden, sobald sich der Staat ihnen widmet. Ohne Eingreifen des Staates lassen sich die Ziele aber nicht erreichen. Unerheblich ist es, daß der Verband nur durch Vorstellungen bei den vorgesetzten Behörden das Ziel erreichen will. Ein Zweck, der seiner Natur nach nur durch Einwirkung auf die Gesetzgebung verwirklicht werden kann, empfängt dadurch nicht einen anderen Charakter, daß man den Gesetzgeber nicht direkt, sondern durch Ermittelung anderer angeht.

§ 62. Kisch, JLBl. **18** 219 gegen Gareis, Komm. Ziff. 1. Die Behörde hat dem Amtsgericht nicht nur die Tatsache, sondern auch den Grund des Widerspruchs mitzuteilen. Vgl. JDR. **3** Anm. 1.

§ 63. Literatur: Altmann s. bei § 21.

Altmann aaO. Ist die Eintragung erfolgt, ohne daß die vorgeschriebene Mitteilung von der Anmeldung an die zuständige Verwaltungsbehörde erlassen und der Ablauf der sechswöchigen Frist abgewartet ist, so kommt es darauf an, ob der nicht berücksichtigte Einspruch seitens der Verwaltungsbehörde überhaupt eingelegt wird oder nicht. Wird der Einspruch überhaupt nicht erhoben oder dieser auf die erfolgte Anfechtung durch rechtskräftiges Urteil wieder aufgehoben, so verbleibt es bei der an sich nicht unwirksamen Eintragung. Anders liegt der Fall, wenn nach Eintragung der Einspruch seitens der Verwaltungsbehörde erhoben und die Anfechtung des Einspruchs rechtskräftig als unbegründet zurückgewiesen ist, dann konnte durch die unstatthafte Eintragung das Einspruchsrecht nicht beseitigt werden. Das weitere Verfahren richtet sich nach den §§ 159, 142, 143 FGG. Das Registergericht bzw. das diesem vorgesetzte Landgericht wird die Löschung der Eintragung von Amts wegen zu veranlassen haben.

§ 64. Sind Eintragungen über den Inhalt des § 64 hinaus zulässig?

1. Vgl. JDR. **4** Note 2 zu § 106 HGB. und Note 2 zu § 234 HGB.

2. RJA. **6** 205, DNotV. **06** 569, KGJ. **31** A 220, OLG. **12** 4, R. **06** 398, ZBlFG. **6** 720 (KG.). Weder § 64 noch die Vorschriften des Bundesrats über das Vereinsregister stehen der Aufnahme von Eintragungen in das Register über die im § 64 vorgesehenen Mußeintragungen hinaus entgegen. Eintragungsfähig sind insbes. bei einem mehrgliederigen Vorstand Bestimmungen, die die Vertretungsmacht im einzelnen regeln.

3. Dazu Schultze-Görlitz, DNotV. **06** 569. Dieser hält den Bruch mit dem Grundsatz, daß in die Register nur die gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen aufzunehmen sind, für bedenklich. Dadurch wird die Grenze für die Zulässigkeit der Eintragungen unsicher. Wird die für eintragungsfähig erklärte Statutenbestimmung, daß der Vorsitzende und ein Mitglied des mehrere Personen umfassenden Vorstands den Verein vertreten können, geändert und nach § 71 angemeldet, würde das Gericht mangels eines darauf abzielenden besonderen Antrags nicht in der Lage sein, die Änderung der unrichtig gewordenen Eintragung zu bewirken; auch kein Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung des Antrags einleiten können.

§ 67. R. **06** 1074 (KG.). Der Registerrichter hat zu prüfen, ob die Änderung der eintragungspflichtigen Rechtsverhältnisse satzungsmäßig zustande gekommen ist. S. auch zu § 32.

§ 77. HessRspr. **7** 51 (LG. Gießen). Das Registergericht soll im öffentlichen Interesse darüber wachen, daß nur die Berechtigten die Eintragungen in das Vereinsregister herbeiführen. Darum die Formvorschrift; diese ist sinngemäß

dahin auszulegen, daß Vertreter der zum Antrag auf Eintragungen Berechtigten sich durch öffentlich beglaubigte Vollmacht ausweisen müssen. § 167 Abs. 2 BGB. bezieht sich nicht auf Fälle, in denen eine Formvorschrift im öffentlichen Interesse gegeben ist.

II. Stiftungen.

§ 80. 1. HansGZ. **06** Beibl. 209 (Hamburg). Die Ausstattung neuer Stiftungen mit Kapital ist nach Bremer ErbschStG. v. 7. 6. 04 und seiner authentischen Auslegung vom 1. 6. 05 als Schenkung zu versteuern. Als Schenkgeber ist der Stifter anzusehen.

2. Leonhard, BayRpflZ. **06** 34. Im § 1914 handelt es sich um ein stiftungsartiges Verhältnis, auf das auch, wenn es vor dem 1. 1. 00 entstanden ist, in analoge Anwendung des Art. 163 EGBGB. das neue Recht anzuwenden ist.

§ 86. S. Note 1 zu § 26, Note 2 zu § 89.

§ 88. HansGZ. **06** Beibl. 209 (Hamburg). Ist in der Stiftungsurkunde bestimmt, daß die Stiftung nach 100 Jahren erlöschen und ihr Kapital an die dann lebenden Erben des Stifters fallen soll, so liegt darin keine der Stiftung auferlegte Last, Einsetzung eines Nacherben oder ähnliches. Die Rechtsnachfolge der Stiftung soll nicht kraft letztwilliger Verfügung des Stifters geschehen, die demnächstigen Erben nicht Nacherben der Stifterin sein, sondern Erben der Stiftung, soweit überhaupt von einer Universalerbfolge hinter der Stiftung nach §§ 88, 47 BGB. die Rede sein kann, und zwar kraft deren eigenen letzten Willens, den ihr die Stifterin im Stiftungsgeschäft als Satzung gegeben hat und nach §§ 87, 88 BGB. geben konnte.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. Literatur: Delius, Über Haftpflicht der Beamten, R. **06** 649. — Geigel, Straßenverbände mit beschränkter Haftung, ElsLothJZ. **06** 216. — v. Herrenritt, Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechtes für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden? Verh. d. 28. deutsch. Juristentags II 324. — Schefold, Über die Haftung der Gemeinde für ihren Fronmeister (§§ 31, 89, 831, 823), WürttZ. **06** 129.

1. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 5, 6, 7, **2** Note 2, **3** 1, **4** 1. **b)** Geigel aaO. Die Straßenverbände in ElsLoth. sind öffentlich-rechtliche Zwangsanstalten mit beschränkter Haftung und eigener Rechtspersönlichkeit. **c)** Sparkassen: α. R. **06** 745 (BayObLG.). Eine Gemeinde, die zu einem bestimmten öffentlichen Zwecke eine Anstalt, z. B. eine Sparkasse, errichtet und mit gemeindlichem Grundstockvermögen ausstattet, begründet damit kein neues Rechtssubjekt, sondern trifft nur eine Verwaltungseinrichtung, deren sie sich zur Erreichung eines bestimmten Zweckes bedient. Die Sonderung der Anstalt von ihrem übrigen Vermögen ist nur eine Verwaltungsmaßregel. β. RheinA. 102 I 225 ff. (Cöln). Eine Sparkasse, welche von einer Gemeinde auf Grund des Reglements v. 12. 12. 38 errichtet ist, stellt zwar einen getrennt zu verwaltenden Fonds dar, ist aber nichts anderes als eine Einrichtung der Gemeinde. Sie ist nicht rechts- und parteifähig. γ. SächsOLG. **27** 255 (Dresden). Die Gemeindesparkassen sind nicht besondere neben der Gemeinde bestehende juristische Personen, sondern Gemeindeeinrichtungen, die unter besonderer Firma betrieben zu werden pflegen. δ. Sächs. Schützenkorps. SächsRpflA **06** 520 (Dresden). Die von dem sächs. Mandat v. 1. 2. 17 errichteten städtischen Schützenkorps sind nicht juristische Personen des öffentlichen Rechtes. Der Min. VO. v. 6. 8. 02 (FischersZ. **25** 126) ist dahin zuzustimmen, daß der öffentlich-rechtliche Charakter, der ihnen ehedem wegen ihrer aus der Zugehörigkeit zur

Heeresverfassung und dem städtischen Defensionswesen hergeleiteten Verpflichtung zur Leistung polizeilicher Dienste, ihnen nach Wegfall dieser Verpflichtungen nicht mehr zusteht.

2. Stiftung. BayObLG. **6** 99, BayRpflZ. **06** 188, R. **06** 369 (BayObLG.). **a**) Die nach §§ 28[1], 32[1,2], 86 BGB. i. V. mit Art. 163 EGBGB. für die Stiftungen des bürgerlichen Rechtes geltenden Vorschriften über die Beschlußfassung eines aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes sind in Ermangelung besonderer Vorschriften der Landesgesetze auch auf Stiftungen des öffentlichen Rechtes anwendbar. **b**) Durch den in der Satzung vorgesehenen Mehrheitsbeschluß der Vorstandsmitglieder kommt eine Willensbildung nur zustande, wenn die Vorstandsmitglieder zur Beschlußfassung ordnungsmäßig geladen waren, wenn die Stiftungsurkunde vorschreibt, daß zur Zeichnung im Geschäftsverkehr die Unterschrift des Vorsitzenden und des Kassierers genügt, so gilt dies doch nur für die Willenserklärung, nicht für die Willensbildung.

3. Anwendungsgebiet des § 89. **a**) Allgemeines. v. Schelhorn, HirthsAnn. **06** 442. § 89 beschäftigt sich nur mit der Haftung auf dem privatrechtlichen Gebiet der Staatstätigkeit, wo der durch seine Organe am Geschäfts- und Wirtschaftsleben teilnehmende Staat grundsätzlich jeder anderen physischen und juristischen Person gleichgestellt ist.

b) Verfassungsmäßig berufener Vertreter. α. Vgl. JDR. **1** Note 8 c—o, **2** Note 5, **3** Note 2, **4** Note 3. β. Schefold aaO. teilt ein Urteil des LG. Ulm mit, welches dem Fronmeister die Stellung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters abspricht, indem es ausführt, im Anschluß an **RG.** **53** 276: er war zu seiner Stelle nicht auf Grund besonderer, die Verwaltungsorganisation der Gemeinde regelnder Bestimmungen berufen, auch wurde er nicht als ein mit besonderer Vertretungsmacht ausgerüstetes Organ der Gemeinde aufgestellt, er ist vielmehr von der Gemeindevertretung berufen, deren Weisungen er auch zu folgen hat. Schefold tritt ihm bei: auch nach Art. 77 EGBGB. i. V. mit Artt. 202, 204 WürttEGBGB. haftet die Gemeinde nicht. Die Aufsicht über Wege durch den Fronmeister ist keine Betätigung öffentlicher Gewalt, anders, wenn es sich um Ausübung der Straßenpolizei, Abschließung von Wegen, die amtliche Aufsicht über Fronarbeiten gehandelt hätte. γ. **RG.** **62** 31, DJZ. **06** 202, JW. **06** 8, Reger, Entsch. **26** 449. Die Frage, ob ein Beamter Organ i. S. des § 31 oder lediglich Angestellter ist, für den die Körperschaft nach § 831 haftet, entscheidet sich nicht allein nach der Selbständigkeit des Handelns oder der Befugnis rechtsgeschäftlicher Vertretung. Maßgebend ist, ob der Betreffende auf Grund des die Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen berufen ist. Der Kreisbaumeister, welcher vom Kreisausschuß gemäß §§ 116 Ziff. 7 und 134 Ziff. 3 KrO. für Ost- und Westpreußen usw. berufen ist, ist Organ des Kreises. Ist das Amt gemäß der dem Kreis in der KrO. eingeräumten Befugnis gebildet — was vorliegend der Fall — so tritt der zum Amt Berufene in eine organisatorisch geregelte Dienstaufgabe ein, auch wenn er auf Grund der organisatorischen Bestimmungen von einem Verkehr zum Amt berufen, also angestellt wird. Voraussetzung für seine Stellung als Organ ist aber, daß er der Körperschaft obliegende Aufgaben erledigt, und daß ihm eine selbständige Vertretung zukommt. δ. **RG.** R. **06** 853, SächsRpflA. **06** 7. Ein Eisenbahnassistent ist auch dann nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Eisenbahnfiskus, wenn er auf einer Station der oberste Beamte ist. ε. OLG. **13** 309 (Bamberg) bestätigt durch **RG.** das. In Bayern vertritt der Magistrat als Zentralorgan gemäß Art. 70 Ziff. 1 u. 84 GemO. die Gemeinde nach außen, ist also ihr Willensvertreter, aber auch der städtische Baurat ist ein solcher, da er durch Art. 71 Abs. 4 aaO. und den betreffenden organisatorischen Beschluß des Stadtmagistrats und der Ge-

meindebevollmächtigten zur Amtstätigkeit berufen ist. η. OLG. **12** 110 (Cassel). Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist nicht der Straßenmeister in Cassel, der unter Aufsicht des städtischen Stadtbauamts für den ordnungsmäßigen Zustand der Straßen zu sorgen hat. ζ. MecklZ. **25** 22, R. **06** 746 (Rostock). Der Staat oder die sonstige Kommune haftet nicht für das Verschulden des Zwangslotsen aus §§ 31, 34. Die Anwendung dieser Bestimmungen würde voraussetzen, daß die Verrichtungen des Lotsen in Ausführung eines zur Privatrechtssphäre der Kommune gehörigen Geschäfts vorgenommen werden. Die Zwangslotsen handeln aber, soweit sie bei ihren Verrichtungen als verfassungsmäßige Vertreter der Stadt erscheinen, in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt. ξ. WürttJ. **17** 22, WürttZ. **06** 159 (Stuttgart). Ein Straßenwart in Württemberg gehört nicht zu den „verfassungsmäßig berufenen Vertretern" der Amtskörperschaft. Bei der ihm übertragenen Dienstverrichtung, die Straße in einem die Gefährdung der darauf Verkehrenden ausschließenden Zustand zu erhalten, handelt es sich nicht um Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Gehaftet wird für ihn daher nur nach § 831 BGB., nicht nach Art. 77 EGBGB. oder §§ 31, 89 BGB. ϰ. GruchotsBeitr. **50** 361 = JDR. **4** Note 3 b. — EisenbE. **22** 274 = JDR. **4** Note 3 f.

c) Einzelne Fälle der Haftung. α. Vgl. JDR. **4** Note 5. β. **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 125. Die Verpflichtung der Gemeinden, zum Schutze des Publikums für die Sicherheit der dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen und Plätze ist keine Schuldverbindlichkeit i. S. des § 278 BGB.; sie erzeugt Verbindlichkeiten erst bei einem Schadensfall aus § 823 BGB.; für die Fehler Angestellter wird daher nur nach § 831 BGB. gehaftet. Die Gemeinde kann jedoch auch aus §§ 31,89 haften, wenn ein die Sicherheit des Verkehrs auf den Straßen gefährdender Umstand längere Zeit hindurch bestand, so daß er bei ordnungsmäßiger allgemeiner Aufsicht den verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Stadtgemeinde nicht hätte entgehen können. In diesem Falle kommen §§ 276, 823 zur Anwendung. γ. **RG.** JW. **06** 378. Für die Annahme des Verschuldens einer Stadtgemeinde hinsichtlich des Zustandes des Straßenpflasters ist die konkrete Sachlage maßgebend. Nicht jede Unebenheit des Bodens in einer Nebenstraße hat die Stadtgemeinde als Verschulden ihrer verfassungsmäßigen Vertreter zu vertreten; wenn es sich aber um ein nach Flächenumfang und Tiefe erhebliches Verkehrhindernis handelt, das Monate hindurch bestand und bei gehöriger allgemeinen Aufsicht über die Straßen durch die Vertretungsorgane der Stadt ihnen nicht hätte entgehen können, oder obwohl bemerkt von ihnen nicht beseitigt worden ist, so muß dies der Stadtgemeinde als Fahrlässigkeitsverschulden ihrer Vertreter angerechnet werden (s. **RG. 53** 57, 282). δ. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 979. Eine Stadtgemeinde, welche elektrische Straßenbeleuchtung einführt, hat für die Sicherheit des Verkehrs auch nach der Richtung zu sorgen, daß Personen von der Stromleitung nicht berührt werden. Diese Verpflichtung besteht als außerkontraktliche auch den Gemeindebeamten gegenüber, die mit der Handhabung der elektrischen Anlage betraut werden. Die Stadt haftet daher, wenn der Oberbürgermeister es unterläßt, die betreffenden Beamten mit genügenden Dienstanweisungen zu versehen und die Beamten infolge Unkenntnis der Einrichtungen zu Schaden kommen. ε. **RG.** R. **06** 288. Ein Verschulden des ordnungsmäßigen berufenen Vertreters der Gemeinde liegt sowohl in der verspäteten Einziehung eines alten Waldweges, dessen Benutzung durch Anlegung einer neuen Fahrstraße sich erübrigt, und der infolgedessen auch nicht mehr ordnungsmäßig unterhalten wurde. Dann aber auch darin, daß die Gemeinde es unterlassen hat, durch Anbringung von Warnungstafeln oder sonstigen Hinweisen die Fuhrleute darauf aufmerksam zu machen, wo der alte Weg abzweigt und sie somit auf die

neue Fahrstraße hinzuführen. ζ. **RG.** R. **06** 178. Eine Kirchengemeinde haftet im Falle des Verschuldens ihrer gesetzlichen Vertreter für den Schaden, welcher einem Kirchenbesucher aus der mangelhaften Beschaffenheit der Kirchentür entsteht. Ein Verschulden liegt vor, wenn die Vertreter die Beschaffenheit (zu starke Federung) kannten und gleichwohl nichts taten, dem abzuhelfen. η. PucheltsZ. **06** 81, RheinA. **102** I 103 (Cöln). Wenn jemand auf einer öffentlichen Straße infolge mangelhaften Zustandes derselben verunglückt, haftet die Stadtgemeinde, der sie gehört, aus §§ 31, 89, 823 StGB., wenn dem Bürgermeister oder dem Beamten, dem nach der städt. Verwaltungsorganisation die Fürsorge für die Straßen übertragen ist, der Zustand bekannt war. In diesem Falle ist in dem Unterlassen der Beseitigung des Mangels ein Verschulden eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters zu sehen. ϑ. OLG. **12** 103 (Hamburg). Der Hamburgsche Staat haftet einem Rechtsanwalt, dem durch die schlechte Beschaffenheit der Gerichtsräume ein Schade erwachsen ist, nur außerkontraktlich, falls die Verpflichtung, für die verkehrssichere Beschaffenheit der dem Verkehr übergebenen Räume zu sorgen, verletzt sein sollte. In diesem Falle wird je nach der Sachlage aus § 823 nach §§ 31, 89 oder aus § 831 BGB. gehaftet.

4. Gerichtsstand. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1042, JW. **06** 223. Nach § 547 ZPO. i. V. mit § 77 GVG. und § 39 Nr. 2 PrAGGVG. bzw. § 26 BayAGGVG. sind revisibel ohne Rücksicht auf das Objekt nur „die Ansprüche gegen den Staat wegen Verschuldung von Staatsbeamten". Ein solcher Anspruch ist nur dann gegeben, wenn ein besonderes Verschulden eines Staatsbeamten, das in Beziehung zu seinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht, behauptet und der Staat für dieses Verschulden haftbar gemacht wird, nicht aber dann, wenn sich die Klage auf eigenes Verschulden des Fiskus, d. h. derjenigen Organe gründet, deren schuldhafte Handlungen dem Fiskus als eigene (§§ 31, 89 BGB.) angerechnet werden. Ein Anspruch der ersteren Art ist nicht gegeben, wenn jemand, der durch das Umwerfen einer Postkutsche geschädigt ist, seinen Anspruch nicht auf Verschulden des Postillons, sondern darauf gründet, daß die Post ungeeignet und nicht mit hinreichenden Sicherheitsmaßnahmen versehenes Fuhrwerk verwendet habe. Hier wird ein Fehler in der Organisation des Postfahrdienstes und ein Verschulden der zur Vertretung des Fiskus berufenen Beamten gerügt.

5. Die §§ 31, 89 BGB. und Art. 77 EGBGB. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 10, **2** Note 5 b, **3**, **4** Note 6. **b)** *Delius aaO. Die Haftung des Staates für seine Beamten ist dahin zu regeln, daß der Staat (Reich) primär haftbar sein soll, wenn ein Beamter in Ausübung der öffentlichen Gewalt Schaden zugefügt hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Beamten ein Verschulden trifft. Das Publikum ist gezwungen, die Amtstätigkeit des Beamten in Anspruch zu nehmen, und hat ein Recht auf Entschädigung, wenn es dabei zu Schaden kommt. Die Regreßklage des Staates gegen den Beamten, welcher schuldhaft gehandelt hat, ist zulässig, jedoch kann bei geringem Versehen der Ressortminister den Ersatzanspruch ermäßigen oder ganz fallen lassen. Die primäre Haftpflicht des Staates empfiehlt sich auch für das Ressort der Post und Eisenbahn. Die Haftung des Staates im Falle der §§ 89, 31 BGB. (Vornahme privatrechtlicher Akte) ist dahin auszudehnen, daß der Staat für jeden durch seine Beamten (nicht bloß seine verfassungsmäßigen Vertreter) verursachten Schaden einzustehen hat. **c)** Herrnritt aaO. bejaht die in der Überschrift aufgeworfene Frage, insbesondere unter Behandlung des österreichischen Rechtes dahin, daß es sich empfiehlt, die unmittelbare Haftung des Staates für jede die rechtmäßigen Interessen des Einzelnen rechtswidrig verletzende Amtshandlung ihrer zuständigen Organe zu normieren. **d)** *Billmann (s. zu § 31). § 31 gilt auch gemäß § 89 für die Haftung des Staates für Handlungen seiner Beamten. Art. 77 EGBGB. sta-

tuiert keine glückliche Ausnahmestellung. Dies zeigen die Ausführungsgesetze der einzelnen Staaten. Eine Reform im Sinne der bayerischen Gesetzgebung unter Ausschluß der Vorentscheidung erscheint dringend wünschenswert.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Auch im Berichtsjahre ist das RG. trotz der von Tag zu Tag zunehmenden Kritik sowohl von seiten der Juristen wie auch aus Kreisen der Industrie bei seiner Auffassung der Maschinen als wesentliche Bestandteile des Grundstücks beharrt. Es sucht den Anfeindungen dadurch zu begegnen, daß es erklärt, „die einseitigen Interessen der Maschinenfabrikanten stellten keineswegs das allgemeine Verkehrsinteresse dar; überdies könne nur der Gesetzgeber, nicht der Richter Abhilfe schaffen" (**RG 63** 422). — Über einen Vorschlag Neumanns, der darauf abzielt, mit Hilfe von § 95 Abs. 1 Satz 2 dem Eigentumsvorbehalt in gewissen Fällen Wirksamkeit zu verleihen s. Ziff. I zu § 95.

Literatur: Andreae, Eigentumsvorbehalt an Maschinen, Deutsche WirtschZ. **07** 7—11, 53—59. — Binder, Der Gegenstand, GoldschmidtsZ. **59** 1—78. — Du Chesne, Zum Begriff des Zubehörs, BayRpflZ. **06** 338. — Francke, Zur Lehre von den Bestandteilen, ThürBl. **53** 1—9. — Fürst, Bestandteil oder Zubehör, JW. **06** 154—156. — Gmelin, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, WürttZ. **06** 277—282 ff. — Heilbrunn, Zur Frage des Eigentumsvorbehalts an Maschinen, HoldheimsMSchr. **06** 297—301. — Krückmann, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt. Zugleich ein Beitrag zur Bauhandwerkerfrage. Leipzig 1906. Auch ZBlFG. **6** 585—611. — Ders., Zum Streit um den Eigentumsvorbehalt an Maschinen und überhaupt an Bestandteilen, JW. **06** 673 bis 678. — Lenel, Bestandteil oder Zubehör, DJZ. **06** 46—51. — Oertmann, Eigentumsvorbehalt an in Gebäude eingefügten Maschinen, R. **06** 1114—1121. — Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1906. — Samter, Die Zubehöreigenschaft der Schiffe insbesondere der im Schiffsregister eingetragenen Schiffe und ihre Rechtslage in der Zwangsversteigerung der Hauptsache, R. **06** 214—222. — Schlecht Recht der Elektrizität. München 1906. — Schneider, Die wirtschaftlichen Einheiten nach §§ 93, 94 BGB., R. **06** 727—733. — Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, ABürgR. **28** 173—206. — Wimpfheimer, Kann ein Gegenstand Zubehör mehrerer Sachen sein? ABürgR. **29** 84—91.

§ 90. 1. **a)** Sohm, ABürgR. **28** 173 ff., gibt eine Ergänzung seiner im JDR. **4** Ziff. 1 erwähnten Schrift über den Gegenstand. 180 ff. setzt er sich insbesondere mit den Ausführungen Wilutzkys, ABürgR. **28** 53 ff., auseinander. **b)** Binder, GoldschmidtsZ. **59** 1 ff., wendet sich gegen die These von Sohm, daß der Gegenstand im Sinne des BGB. einen Gegenstand nicht von Rechten, sondern von Verfügungen bedeute und Vermögensrechte oder Gegenstände nur solche Rechte seien, über die der Berechtigte verfügen kann (JDR. **4** Ziff. 1a). Die Verfügbarkeit bilde nicht das wesentliche Merkmal des Gegenstandes, sondern nur seine normale Eigenschaft (76). In den Vorschriften, die von der Verfügung über einen Gegenstand handeln, bedeute Gegenstand allerdings einen Gegenstand von Verfügungen, aber nicht in anderen Fällen (77). Der Gegenstand sei nicht der Grundbegriff des Systems der Privatrechte und überhaupt kein einheitlicher Begriff, sondern nur ein Ausdruck, der für sehr verschiedene mehr oder minder wichtige Begriffe verwendet werde (78).

2. *Ohmeyer, Unternehmen 8 ff. Körperliche Sachen sind mitunter mit Vermögensbestandteilen anderer Art, wie z. B. Nutzungs- oder Sonderungsrechten, ja auch mit Schulden wirtschaftlich zu einer Einheit verbunden. Dies ist beim Unternehmen der Fall, welches darstellt eine zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes organisierte Vereinigung von Gütern und vermögenswerten Beziehungen. Das Unternehmen ist von der Summe der in ihm enthaltenen Bestandteile, den körperlichen und unkörperlichen Vermögenswerten verschieden, es ist ein besonderes Rechtsobjekt. Das BGB. hat den Unternehmensbegriff in diesem Sinne wohl nicht ausdrücklich aufgenommen (vgl. dagegen § 22 HGB. und die für die Unternehmenseinheit der Eisenbahn geltenden Bestimmungen).

Aber es anerkennt doch in §§ 92, 98 die Einheit insofern, als es für die Identität des Wareninventars die Identität der einzelnen Ware als irrelevant erachtet und bzw. die zum landwirtschaftlichen und industriellen Unternehmensbetriebe erforderlichen **körperlichen** Gegenstände in bestimmtem Umfang als zusammengehörig behandelt. Vgl. ferner die Bestimmungen über Pacht eines Landgutes (§§ 591 ff., 587 ff.) und Nießbrauch an solchem (§§ 1035, 1048).

3. **Elektrizität** (JDR. **1**, **2** u. **3** Ziff. 3). *Schlecht, Recht der Elektrizität. Die elektrische Energie ist keine Sache im Sinne des § 90, es finden daher auch die Bestimmungen über Kauf, Tausch 2c. keine Anwendung auf sie; die Verträge über Lieferung elektrischer Energie charakterisieren sich vielmehr als besondere, neben die bisherigen Vertragstypen tretende **Energieverträge**. Den Kernpunkt dieser Verträge bildet auf der einen Seite die Verpflichtung, elektrische Energie zu liefern, auf der anderen Seite, Entgelt für die Lieferung zu leisten.

4. **a**) Gmelin, Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, WürttZ. **06** 277 ff. Da die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen weder im Reichs-, noch im Landesrecht als „verkehrsunfähig" aus dem Rahmen des privaten Eigentums herausgestellt sind, findet auch an ihnen heute privates Eigentum statt. Die tatsächliche Geltendmachung der Eigentumsbefugnisse ist aber beschränkt durch die dem öffentlichen Rechte angehörigen, durch das BGB. nicht berührten rechtlichen Grundsätze über den Gemeingebrauch, welche es ohne weiteres mit sich bringen, daß gegen die dem Gemeingebrauch dienenden Straßen und Wege private Rechte nicht in einer Weise geltend gemacht werden können, die mit ihrer Zweckbestimmung sich in Widerspruch setzen würden (279/280). **b**) Über die grundsätzliche Stellung der dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude und anderer dem Gemeingebrauch gewidmeter Sachen im BGB. handelt unter Zusammenstellung der Judikatur und Literatur Schmitt, BadRpr, **06** 202 ff., 214 ff. unter besonderer Berücksichtigung des badischen Rechtes.

§ 92. Abs. 2. *Ohmeyer 23. Abs. 2 hat insbesondere Anwendung für die bestimmungsmäßig dem Wechsel unterliegenden Bestandteile eines **Unternehmens**. Identität und Bestand des Unternehmens ist von dem Wechsel seiner Bestandteile unabhängig; die Bestandteile können sich verändern, mehren oder mindern, ohne daß die Identität der Unternehmung berührt wird.

§§ 93 ff. *Neumann, JW. **07** 97 ff. Über die Umwandelung eines nach § 95 BGB. der Bestandteilseigenschaft entbehrenden Werkes zu einem Bestandteil enthält das BGB. keine Vorschriften. Es wird zu verlangen sein, daß der Grundstückseigentümer das Recht über die Anlage zu verfügen erlangt und sie dem Grundstück ausdrücklich oder stillschweigend als Bestandteil zuschlägt.

§ 93. I. 1. Francke, ThürBl. **53** 4. Tier und Schale sind wesentliche Bestandteile der Auster, auch die Schale deshalb, weil das Tier ohne deren Schutz bald untergeht. Perlen in einer Auster dagegen sind ohne Bedeutung für den Bestand des Tieres und daher nach § 93 nicht wesentliche Bestandteile der Auster, mithin, solange sie solche Bestandteile sind, an sich nicht unfähig, Gegenstand besonderer Rechte zu sein; sie werden es aber solange niemals sein, weil ihr Vorhandensein den Menschen allererst bekannt wird, wenn sie aufhören, Bestandteile der Auster zu sein (s. auch u. zu § 953).

2. **Maschinen wesentliche Bestandteile.** (JDR. **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 4d). **a**) Oertmann, R. **06** 1114 ff. Die Vorschrift des § 93 beruht allein auf dem volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt, daß die **wertzerstörende** Trennung von einzelnen Bestandteilen einer Sache hintanzuhalten sei. Bei zusammengesetzten Sachen wirkt die Trennung aber nur dann wertzerstörend, wo die Herstellung des früheren Zustandes vor der Zusammensetzung (des status quo) unmöglich ist. Anderenfalls ist das, was durch die Abtrennung vernichtet wird,

nur das Ergebnis der Zusammensetzungsarbeit (1120). Maschinen werden daher nach § 93 BGB. nur dann wesentliche Bestandteile, wenn ihre Lostrennung entweder sie selbst oder das Gebäude, wie es vor der Einfügung der Maschinen war, zerstören oder in seinem Wesen verändern würde. Abgesehen von diesen Fällen werden sie nur unwesentliche Bestandteile, sind somit geeignete Objekte eines wirksamen Eigentumsvorbehalts (1121). **b)** Die Rechtsprechung des RG., das Maschinen in der Regel als Bestandteil einer Fabrik behandelt, wird von *Fürst, Bestandteil oder Zubehör, JW. **06** 154 ff., bekämpft, einmal als juristisch unrichtig, weil das RG. zu Unrecht die Begriffe „Fabrikgebäude" und „Fabrik" identifiziert, dabei die „Fabrik" anstatt als bloße Zusammenfassung wirtschaftlich zusammengehöriger Sachen als eine „Sache" im Sinne des § 93 ansieht und ignoriert, daß gerade die bloß wirtschaftlich zusammengehörigen Sachen nach § 98 als Zubehör aufzufassen sind, sodann als der Verkehrsauffassung widersprechend, weil die zu einer Fabrik gehörigen Maschinen in der kaufmännischen Buchführung nie als Bestandteil des Gebäudes, sondern stets besonders und nach anderen Grundsätzen als diese behandelt werden und weil das Publikum in der Regel eine besondere Verpfändung der Maschinen für erforderlich erachtet. **c)** Im Deutschen Ökonomist **06** 537 ff. wird dargelegt, daß die Rechtsprechung des RG. über Maschinen als wesentliche Bestandteile von Grundstücken die Interessen der Maschinenlieferanten zu sehr schädige und daß die gegenwärtige Rechtslage eine Änderung verlange, ohne daß es dazu unbedingt einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen bedürfe. Auch die kleine, von der Redaktion des „Vulkans" herausgegebene Schrift „Eigentumsvorbehalt an Maschinen" wendet sich gegen die Entsch. d. **RG. 50** 241 und vertritt den Standpunkt, daß nicht das bestehende Recht, sondern die bestehende Rechtsauffassung die mißliche Lage der Maschinenindustrie bewirke. **d)** Heilbrunn, HoldheimsMSchr. **06** 297 ff., führt aus, daß für die speziellen Zwecke des Betriebs das, was außerhalb des körperlichen Zusammenhanges steht, von ebenso großer, wenn nicht größerer technischer Bedeutung sein könne, als das körperlich Verbundene. Er wirft deshalb die Frage auf, ob tatsächlich von juristisch ausschlaggebender Bedeutung sein solle, ob eine Drehbank am Boden verschraubt ist oder ob sie freisteht, ob sie durch Fußantritt bedient wird oder mit einem Treibriemen an einer Transmission hängt. Über den den Maschinenlieferanten durch § 951 gewährten Schutz s. u. zu § 951. **e)** Andreae, Deutsche WirtschZ. **07** 7 ff., weist unter Mitteilung der Stellungnahme der Handelskammern gleichfalls auf die in der Rechtsprechung des RG. liegende schwere Gefahr für die Maschinenindustrie hin. — 57 werden die im ausländischen Rechte für die Maschinenfabrikanten gegebenen Sicherungsmöglichkeiten erläutert.

II. Aus der Praxis. (Vgl. auch u. zu §§ 93, 94.) 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? **a)** **RG. 64** 416 ff., JW. **06** 541, ZBlFG. **7** 518 ff., hält die von dem RG. auf das BGB. gegründete Rechtsprechung über die Bestandteilnatur von Maschinen (**RG. 50** 241) neueren in der Literatur hervorgetretenen Meinungen gegenüber aufrecht (422). Ebenso SeuffA. **61** 345 ff. (Rostock) unter Ablehnung der Ausführungen von Fürst, JW. **06** 154 (o. Ziff. I 2 b). **b)** **RG. 62** 406 ff., JW. **06** 189, PuceltsZ. **06** 206 ff., ElsLothZ. **07** 1 ff. Auch diejenigen — nicht fest mit dem Grundstück verbundenen aber in dasselbe eingefügten — Maschinen, Kraftmaschinen im Gegensatz zu den Betriebsmaschinen, welche nur dem Zwecke dienen, der Fabrik die zum Betriebe nötige Kraft zu liefern, — Benzinmotore einer Dampfziegelei — sind wesentlicher Bestandteil. Im übrigen wie **RG. 50** 241, JW. **04** 548, **05** 387. — Besonders gegen diese Entscheidung wendet sich Krückmann, JW. **06** 673 ff., der meint, daß die Auffassung des RG. gegen das Gesetz verstoße, indem es den § 98 Ziff. 1 und den

Begriff des unwesentlichen Bestandteils praktisch vollständig ausschalte. **c)** R. **06** 501 (Stettin). Bei einem Grundstück, das für den durch Maschinen zu bewirkenden Betrieb einer Holzbearbeitungsfabrik eingerichtet ist, liegt eine wesentliche Veränderung schon dann vor, wenn das Grundstück nach Auslösung der mit ihm verbundenen Maschinen seiner Bestimmung gemäß nicht mehr benutzt werden kann, ohne daß es auf die größere oder geringere Festigkeit oder Haltbarkeit der Verbindung der Maschinen mit dem Grundstück ankommt. **d)** SeuffA. **61** 348 (Rostock). Dem Umstande, daß nach Entfernung der streitigen Maschine bei reichlicher Beschäftigung der Fabrik die Fabrikate nicht so schnell angefertigt werden können, kann bei der Entscheidung der Frage, ob die Fabrik durch Fortnahme dieser Maschine eine andere werden würde, als sie bisher gewesen ist, kein durchschlagendes Gewicht beigemessen werden. **e)** **RG.** R. **06** 288. Wesentlicher Bestandteil eines Elektrizitätswerks wird eine für den Betrieb angeschaffte Dampfmaschine nicht schon mit ihrer Aufstellung im Werke, sondern erst dann, wenn nach den Umständen ihre Verwendung im Betriebe endgültig feststeht. **f)** Bay. RpflZ. **06** 257 (Nürnberg). Drahtstiftschlagmaschinen und Pressen dann nicht wesentliche Bestandteile einer Drahtstiftfabrik, wenn die Fabrik auch ohne die Maschinen eine solche bleibt. **g)** α. BadRpr. **06** 35 (Karlsruhe). Lokomobile wesentlicher Bestandteil einer Schotteranlage. β. OLG. **12** 9 (Colmar) u. **12** 11 (Cassel). Benzinmotor und Gasmotor.

2. **a)** R. **06** 46 (Stuttgart). Die einzelnen Teile des Leitungsnetzes eines zum Zwecke der Zuführung des elektrischen Stromes an einzelne Abnehmer errichteten Elektrizitätswerkes haben die Natur eines wesentlichen Bestandteiles der Anlage, wenn bei dessen Wegnahme die Gesamtanlage in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung eine so erhebliche Einbuße erleidet, daß darin nach der Verkehrsauffassung eine Wesensänderung zu erblicken ist. **b)** ZBlFG. **7** 34 (Dresden). Elektrische Kraft- und Lichtanlage eines Fabrikgrundstücks als wesentlicher Bestandteil. **c)** OLG. **12** 8 (Karlsruhe). Elektrische Beleuchtungsanlage wesentlicher Bestandteil eines Hotelgrundstücks. Darauf, ob die Bogenlampen im Freien aufgestellt sind und ob die Maschine auf einem durch die Straße getrennten Grundstück sich befindet, kommt es nicht an.

3. BadRpr. **06** 35, PucheltsZ. **06** 313 (Karlsruhe). Aus dem Grundsatz des § 93 folgt nicht, daß ein Vertrag, durch welchen sich der Eigentümer verpflichtet, wesentliche Bestandteile abzulösen und sodann einem anderen zu übertragen, unzulässig sei.

4. **RG.** **63** 171 ff. Die Herabsetzung der wirtschaftlichen Bedeutung für sich allein bietet kein sicheres Merkmal für die Anwendung des § 93.

5. OLG. **13** 311 (Cöln). Der Satz superficies solo cedit muß unter Umständen dem § 93 weichen, weil die Zusammengehörigkeit der Gebäudebestandteile untereinander enger und wirtschaftlich notwendiger ist, als die Zusammengehörigkeit einzelner Gebäudebestandteile mit dem Grundstück.

§§ 93, 94. I. 1. *Krückmann, ZBlFG. **6** 585 ff., 649 ff. Ob eine verbundene oder eingefügte Sache wesentlicher Bestandteil, entscheidet sich nicht nach einem imaginären Interesse der Gesamtheit, sondern aus den Interessen der Beteiligten, Hauptsachen- und Bestandteileigentümer. Die Meinung, daß das Interesse der Gesamtheit entscheide, beruht auf einem in das römische Recht hineingetragenen Mißverständnis, von dem das für das BGB. vorbildlich gewesene römische Recht nichts gewußt hat. Diese Theorie ist praktisch prozessualisch ganz unbrauchbar und materiell ungerecht. Dies zeigt sich besonders dann, wenn die Loslösung eines Bestandteils aus der Hauptsache a und ihre Einfügung in die Hauptsache b die Sache a unverhältnismäßig entwertet gegenüber der Wertsteigerung, die die Sache b durch die Einfügung erfährt. Entsprechend ist Eigen-

tumsvorbehalt an Maschinen zulässig, denn es wird die Bestandteileigenschaft nur hinausgeschoben und tritt mit Erlöschen des Eigentumvorbehalts von selber ein (vgl. §§ 95, 912, 585 BGB., Artt. 122, 124, 181, 182, 183 EGBGB., § 21 ZVG., § 6 GBO., die alle ein Übergangsstadium vom Nichtbestandteil zum Bestandteil oder vom unwesentlichen zum wesentlichen Bestandteil kennen). Entsprechend ist ein Eigentumsvorbehalt zugunsten der Bauhandwerker anzuerkennen.

2. *Lenel, DJZ. **06** 45 ff. Die Art, wie die zur Zeit herrschende Praxis den Begriff des wesentlichen Bestandteils faßt, beruht auf einer formalistischen Auslegung der §§ 93, 94, bei der die eigentlich treibenden Grundgedanken dieser Paragraphen nicht zu ihrem Rechte kommen. Zu billigen und praktisch haltbaren Ergebnissen kann man nur gelangen, wenn man davon ausgeht, daß die §§ 93, 94 bestimmt sind, der Vernichtung wirtschaftlicher Werte vorzubeugen. Von diesem Gesichtspunkt ist sowohl der Begriff der „Wesensveränderung" im § 93, wie der der „Einfügung" und der „festen Verbindung" im § 94 zu bestimmen.

3. Schneider, R. **06** 727 ff., folgert aus den §§ 93, 94 Abs. 2 im Zusammenhalte mit § 43 KO., daß der durch die §§ 93, 94 Abs. 2 dem Erwerber gewährte Schutz nicht im unmittelbaren öffentlichen Interesse anerkannt sei, es daher auch dem einzelnen freistehe, auf den Schutz der §§ 93, 94 Abs. 2 durch eigene Zertrümmerung der von ihnen behüteten Werte zu verzichten. Dieser Schutzgedanke des Gesetzes verliere aber im Konkursfalle seine Bedeutung, weil es sich für die Konkursgläubiger nicht um eine Aufrechterhaltung der Erwerbsgrundlage handele. Wo das ganze Vermögen des Gemeinschuldners auseinanderfällt, habe es keinen Grund, den in diesem Falle zu einer gerechteren Behandlung des Verkäufers führenden Weg des § 43 KO. als versperrt anzusehen (730). — Mithin verwandele sich der wegen der §§ 93, 94 Abs. 2 im strengsten Sinne undurchführbare Eigentumsvorbehalt notgedrungen in die Abmachung, daß, wenn auch für Dritte das Eigentum als übergegangen gelten müsse und der Erwerber selbst im Genusse der neugebildeten wirtschaftlichen Einheit nicht gestört werden dürfe, für den Konkursfall doch die Rückforderung des Eigentums gewährt werden solle, soweit die gleichzeitig eingegangene Schuld nicht abgetragen ist (732).

II. Aus der Praxis. 1. Definition von Bestandteil (im Gegensatz zum Zubehör). **RG.** 19. 4. 06, **63** 171 ff., JW. **06** 346. Bestandteile einer Sache sind diejenigen körperlichen Gegenstände, die entweder von Natur eine Einheit bilden, oder durch Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit dergestalt verloren haben, daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, als ein Ganzes, als eine einheitliche Sache erscheinen. Das unterscheidende Merkmal zum bloßen Zubehör bilde mithin im Zweifelsfall die Art der Verbindung.

2. **RG.** 3. 1. 06, **62** 248 ff., JW. **06** 103. Zu einem Dachgebälk bestimmte Hölzer sind auch ohne Einmauerung und Verankerung Bestandteile eines Neubaues, wenn das Dachgebälk zur Herstellung des Gebäudes verwendet und zur dauernden Bildung desselben als eines in sich vollendeten wirtschaftlichen Ganzen bestimmt ist. Besonderer Bindemittel bedarf es, um das Gebälk als in das Gebäude „eingefügt" erscheinen zu lassen, nicht. — Auch schon nach § 93 ist es wesentlicher Bestandteil. So auch OLG. **12** 6 (Stettin).

3. **RG. 63** 173, JW. **06** 346. Auf die größere oder geringere Festigkeit der Verbindung kommt es im Sinne des § 93, wie im Falle des § 94 Abs. 2 nicht an. Wie **RG. 58** 341, JW. **04** 111, 548. Vgl. o. Ziff. II 1 c zu § 93.

4. BayObLG., BayRpflZ. **06** 143, BayObLG. **6** 755. Petroleum- und Benzintanks, die nur lose auf Beton stehen und mit einem Walle umgeben sind, sind, auch wenn sie dem Umfange nach die Größe von Gebäuden erreichen, weder Gebäude noch Bestandteile des Grundstücks, auf dem sie aufgestellt sind. — Eine Anlage zur Lagerung von Petroleum ist als solche keine Sache.

5. WürttJ. **17** 284 (Stuttgart). Der bloße Zweck, eine bleibende Beleuchtungsanlage zu errichten, vermag diejenige Art der Verbindung der einzelnen Teile der Anlage mit dem Gebäude nicht zu ersetzen, die erforderlich ist, um dieselben ihrer Natur als selbständige Sachen zu berauben.

6. **a)** **RG.** 15. 4. 06, JW. **06** 417, DJZ. **06** 878, PuceltsZ. **06** 452 ff., BadRpr. **06** 273. Eine Lokomobile, die einer Schotteranlage die Triebkraft liefert und mit ihr durch Treibriemen in körperlichem Zusammenhange steht, ist Bestandteil dieser. Unerheblich ist, in wessen Eigentum das Grundstück steht, auf dem sich die Lokomobile befindet. **b)** RheinA. **102** I 277 (Cöln). Eine Lokomobile, die lediglich zur Ergänzung der Betriebskraft dient und für andere Fabrikbetriebe in gleicher Weise verwendbar ist, ist nicht als wesentlicher Bestandteil eines Fabrikgebäudes im Sinne der §§ 93, 94 Abs. 2 anzusehen. **c)** **RG.** 20. 2. 06, JW. **06** 189 über die Voraussetzungen, unter denen die Lokomobile einer Dampfmühle deren wesentlicher Bestandteil ist (unter Aufrechterhaltung der in **50** 241 ausgesprochenen Grundsätze).

7. **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **06** 548. Ein hölzerner Brunnendeckel, der auf einem an dem Brunnenmauerkranze befestigten Holzrahmen angebracht ist, ist nicht wesentlicher Bestandteil des Brunnens.

§ 94. I. Abs. 1. **a)** BadRpr. **06** 33 (Karlsr.). Die Voraussetzungen des Abs. 1 des § 94 sind gegeben, wenn das Schraubenwerk eines Motors mittels einer Zementschicht mit der Fundamentmauerung verbunden ist. **b)** RheinA **102** I 276 (Cöln). Eine Lokomobile, die in geeigneter Weise mit Schrauben auf einem Fundamente befestigt ist, gilt nicht als eine mit dem Grund und Boden fest verbundene Sache im Sinne des Abs. 1. **c)** SächsRpflA. **06** 130 (Dresden). Frühbeetfenster wesentliche Bestandteile eines Gärtnereigrundstücks. Vgl. JDR. **4** Ziff. Ib.

II. Abs. 2. 1. Zum Begriff „einfügen". (JDR. **3**, **4** Ziff. II, **2** Ziff. 2 b.) **a)** OLG. **12** 7 (Stettin). Zum „Einfügen" wird stets ein körperlicher Zusammenhang mit beachtenswerter Wechselwirkung der Teile aufeinander oder doch Wirkung des einen Teiles auf den anderen geboten sein. **b)** WürttJ. **17** 283 ff. (Stuttgart) übereinstimmend mit **RG.** **56** 288, JDR. **3** Ziff. IIa.

2. **a)** OLG. **13** 310, HansGZ. **06** Beibl. 296 (Hamburg). Eine in einem Restaurant befindliche Drehtür hat als eine dem Gebäude dienende Vorrichtung nach Abs. 2 die Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteils. **b)** SächsOLG. **27** 514 ff. (Dresden). Badeeinrichtungen sind als wesentliche Bestandteile des Hauses, in das sie eingefügt sind, nach Abs. 2 anzusehen. Ebenso schon **RG.** JW. **01** 362, JDR. **1** Ziff. 3.

3. Oertmann, R. **06** 1114 ff. Unter Abs. 2 fallen nur solche Sachen, die notwendig sind zur Herstellung eines Gebäudes von der entsprechenden allgemeinen Eigenart, bei einem Fabrikgebäude die zur Errichtung eines solchen notwendigen Sachen, allenfalls einschließlich der Einrichtungen, die für die typischen Besonderheiten eines bestimmten Fabrikationszweiges notwendig sind, nicht aber auch, was nur zur Besonderheit gerade dieses Unternehmens oder gar nur zum Fabrikbetriebe selbst gehört (1120).

§ 95. I. *Neumann, JW. **07** 97 ff. Der zweite der im § 95 geregelten Ausnahmetatbestände, Verbindung eines Gebäudes oder eines anderen Werkes mit dem Grundstück in Ausübung eines an dem Grundstück bestehenden Rechtes, ist noch nicht zum Zwecke der Schaffung eines wirksamen Eigentumsvorbehalts des Lieferanten des Werkes verwendet worden, und dennoch scheint gerade dieser Tatbestand zu einer wertvollen Verbesserung der Rechtslage des Lieferanten geeignet zu sein. Ein für den in Rede stehenden Zweck verwendbares Recht an einem Grundstück ist für einzelne Fälle das Erbbaurecht, allgemeiner aber die

beschränkte persönliche Dienstbarkeit des § 1090 BGB. Das Recht, in dessen Ausübung die Verbindung geschaffen sein muß, kann nur ein dem Eintragungszwang unterliegendes Sachenrecht sein, nicht aber auch Pacht oder Miete, damit der Erwerber des Grundstücks oder eines Rechts an demselben, dessen Recht jünger ist, aus dem Grundbuche den Rechtsstand entnehmen kann.

II. Abs. 1. 1. Satz 1. **a)** PosMschr. **06** 3 (LG. Tilsit). Daraus daß es im Abs. 1 Satz 1 aE. entgegen dem Entw. II heißt „verbunden sind", während im Satz 2 gesagt ist „verbunden worden sind", kann nicht gefolgert werden, daß die Bestandteilseigenschaft einer Sache schon durch Parteiabreden beseitigt werden könne. **b)** SächsOLG. **27** 517 ff., SächsRpflA. **07** 107 (Dresden). Die in einem zur Handelsbaumschule eingerichteten Grundstücke anstehenden Bäume und sonstige Pflanzen sind nach § 95 Abs. 1 Satz 1 nicht Bestandteile des Grundstücks, mit dem sie verbunden sind, weil der Zweck der Baumschule es mit sich bringt, daß die Pflanzen auf dem Grundstück nur bis zu einer bestimmten Größe gezogen werden.

2. Satz 2. RheinA. **102** I 267 ff. (Cöln). Eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung zu Lasten des einen und zugunsten des anderen Nachbars, kraft deren der erstere dem letzteren unter besonderen Voraussetzungen die Erhöhung der gemeinschaftlichen Mauer in ihrer ganzen Dicke nicht verbieten kann, begründet für den letzteren Nachbar ein Recht an dem Grundstücke des ersteren Nachbars im Sinne des Abs. 1 Satz 2.

3. Über den Begriff „einfügen" s. o. Ziff. II 1 zu § 94.

III. Vorübergehender Zweck. (JDR. **4** Ziff. 4, **2** Ziff. 1a, **1** Ziff. 2.) **a)** **RG. 62** 406 ff., JW. **06** 189. Eine Verbindung zu vorübergehendem Zwecke kann nicht auch dann angenommen werden, wenn wirtschaftlich eine dauernde Verbindung beabsichtigt war, der Veräußerer der eingefügten Sachen aber einen auf die Erhaltung seines Eigentums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises gerichteten Vorbehalt machte (gegen Krückmann 43 ff., vgl. auch Oertmann, R. **06** 1117). Wie **RG.** auch SächsRpflA. **07** 13 (Dresden). **b)** Rhein. A. **102** I 278 ff. (Cöln): Ist eine Lokomobile für eine bestimmte Zeit mit der Vereinbarung gemietet, daß vor Ablauf der Mietzeit darüber verhandelt werden soll, ob das Mietverhältnis fortgesetzt oder die Lokomobile von dem Mieter käuflich erworben werden soll, so ist anzunehmen, daß sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke in das Gebäude eingebracht ist. **c)** **RG. 63** 416 ff., JW. **06** 541, ZBlFG. **7** 518 ff. Bei der Frage, ob die Einfügung zu einem nur vorübergehenden Zwecke geschehen ist, kommt es nicht sowohl auf die Zeitdauer, für die die Verbindung beabsichtigt ist, als vielmehr darauf an, ob der Wegfall der Verbindung von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zweckes sicher ist (421).

§ 96. ZBergr. **46** 537 ff. (LG. Essen). Die Rechte aus dem zwischen dem Rhein.-Westfälischen Kohlensyndikat und einem Bergwerkseigentümer geschlossenen Syndikatsvertrage bilden keinen Bestandteil, kein Zubehör des Bergwerks, sondern sind selbständige, auf besonderen Verträgen beruhende persönliche Rechte.

§ 97. I. 1. *Wimpfheimer, ABürgR. **29** 84 ff. Eine bewegliche Sache kann Zubehör nicht nur einer, sondern auch mehrerer (Haupt-) Sachen sein. Es gibt sogar Zubehör, das überhaupt zu keiner individuell bestimmten, sondern zu irgendeiner aus einer Anzahl gleichartiger Sachen gehört; meistens handelt es sich dann auf beiden Seiten um Genussachen. Hiervon zu unterscheiden: Zubehör zu Sachgesamtheiten. Änderungen in den Eigentumsverhältnissen der Hauptsachen, wie überhaupt regelmäßig dingliche im Gegensatz zu obligatorischen, besonders Gebrauchsüberlassungsverträge bleiben im allgemeinen ohne

Einfluß auf das Zubehörverhältnis. Anwendung dieser Sätze auf die Zwangsvollstreckung in bewegliches und unbewegliches Vermögen.

2. *du Chesne, BayRpflZ. **06** 338. Das Zubehörverhältnis erfordert, daß die eine Sache im Dienste der anderen steht; es liegt noch nicht vor, wenn die fraglichen Sachen beide im Dienste einer höheren (wirtschaftlichen) Einheit stehen (§§ 97, 98 BGB.).

3. *Samter, R. **06** 214 ff. Auch im Schiffsregister eingetragene, mit Pfandrechten belastete Schiffe können Zubehör sein. Denn auch sie bleiben bewegliche Sachen.

II. Aus der Praxis. 1. Baumaterialien. (JDR. **3** Ziff. II 1c, **2** Ziff. I 1b.) RheinA. **102** I 126 ff., PucheltsZ. **06** 669 ff., OLG. **13** 313 (Cöln). Baumaterialien, die auf den Bauplatz gebracht und dazu bestimmt sind, in den Neubau eingesetzt zu werden, gelten als Zubehör des im Bau begriffenen Gebäudes.

2. **a**) BadRpr. **06** 324 (LG. Mannheim). Musikautomat und Klavier einer Wirtschaft sind Zubehör des Grundstücks. (Vgl. JDR. **4** Ziff. e.) **b**) Über die Frage, ob eine Kontoreinrichtung und welche einzelnen Stücke derselben als Zubehör des Fabrikgrundstücks anzusehen sind, handelt eingehend auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles OLG. Jena, ThürBl. **53** 96—104, OLG. **13** 314. **c**) BraunschwZ. **06** 15 (Braunschweig). Ladeneinrichtung für den Bäckereibetrieb ist Zubehör des Grundstücks. (Ebenso OLG. Dresden, JDR. **4** Ziff. c zu § 97.) **d**) RheinA. **102** I 62 (Cöln). Der Geschäftswagen eines zu einer Färberei eingerichteten Grundstücks bleibt Zubehör dieses, auch wenn er zur Zeit des Zuschlags nicht mehr benutzt wurde und veräußert werden sollte.

§§ 97, 98. R. **06** 1435 (Cassel). Zur Herstellung eines entsprechenden räumlichen Verhältnisses im Sinne des § 97 ist nicht erforderlich, daß die dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmten Maschinen bereits in Tätigkeit gesetzt sind; denn ihre Zweckbestimmung braucht nicht gerade vollendet zu sein, vielmehr muß ein die bestimmungsgemäße Verwendung ermöglichendes Verhältnis genügen bei Maschinen, die in dem Raume, in dem sie in Betrieb gesetzt werden sollen, bereits untergebracht sind. (Vgl. OLG. **5** 78 und **RG. 51** 572.) Daß die Maschinen hätten montiert sein müssen, ist durch die §§ 97, 98 in keiner Weise erfordert. Auch das steht nicht entgegen, daß die Maschinen etwa 1 Jahr lang für das Gewerbe nicht benutzt worden sind, denn dadurch, daß die Absicht zu erkennen ist, sie wieder zu verwenden, wenn der dafür erforderliche elektrische Strom wieder vorhanden, ist der ununterbrochene Zusammenhang der Zweckbestimmung hergestellt.

§ 98. 1. *Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt 43. Die Bestimmung des § 98 schafft im Hinblick auf § 55 ZVG. den wirtschaftlich günstigen Zustand, daß die realen Grundlagen eines (landwirtschaftlichen oder industriellen) Unternehmensbetriebes wenigstens für bestimmte Fälle rechtlich als Einheit gelten. (Vgl. o. zu § 90 Ziff. 2.)

2. Ziff. 1. SächsOLG. **27** 371, OLG. **13** 314 (Dresden): Die zum Betriebe eines Fuhrgeschäfts gehörigen Pferde und Wagen sind nicht Zubehör eines für dieses Geschäft dauernd eingerichteten Gebäudes, weil es sich nicht um einen Geschäftbetrieb handelt, der in einem Gebäude stattfindet.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Zu §§ 104 ff. I. Zum Begriffe des Rechtsgeschäfts. (Vgl. Stöver, JDR. **4**. JDR. **3** Ziff. I, **2** Ziff. 1 und 2 vor § 104.)

1. *Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, BuschsZ. 35 401 ff. Diese Vorschriften finden auch Anwendung auf die sog. Prozeßrechtsgeschäfte, d. h. Rechtsgeschäfte mit gewollter prozeßrechtlicher Wirkung. Zu den Prozeßrechtsgeschäften gehören die Verträge, welche die Zulässigkeit des Rechtswegs, die Zuständigkeit der Gerichte, den Ausschluß von Rechtsmitteln, das Ruhen des Verfahrens berühren. — Es wird in Übereinstimmung mit Pollack (GrünhutsZ. 18 72 und Geständnis im Zivilprozeß 49) gegen Kohler (Ges. Beitr. 127 ff. u. 255 ff.) ausgeführt, daß diese Rechtsgeschäfte nicht dem Prozeßrechte, sondern dem materiellen Rechte angehören; diese Rechtsgeschäfte werden in der Regel außerhalb des Prozesses abgeschlossen, in ihrer Wirkung unterscheiden sie sich aber von anderen Rechtsgeschäften dadurch, daß die von den Parteien getroffene Gestaltung des im Rechtsgeschäfte geregelten Rechtsverhältnisses nicht auf dem Gebiete des materiellen Rechtes, sondern auf dem Gebiete des Prozeßrechts liegt. Parteien und Gericht sind prozessual gebunden. — Das ändert aber nichts an der Natur des Prozeßrechtsgeschäfts; denn die in demselben geregelte Betätigung des subjektiven Rechtes gehört zu dessen wesentlichem Inhalte, die Regelung solcher Betätigung enthält also eine Regelung des subjektiven Rechtes in seiner Ausübung. — Form und Wirksamkeit, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Prozeßrechtsgeschäfts beurteilen sich also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nicht nach denen des Prozeßrechts.

2. *Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes. Von den Rechtsgeschäften als Willenserklärungen sind zu unterscheiden die Leistungs- oder Vermögenszuwendungsgeschäfte (Erfüllung, Schenkung, Ausstattung, Draufgabe, Leistung zum Zwecke eines künftigen Erfolges, Darlehen). Diese Leistungsgeschäfte erfordern mehr als bloße Willenserklärung, nämlich die Zuwendung eines Vermögenswerts, die erfolgen kann durch eine rein naturale Tätigkeit (Dienstleistung, Besitz- und Gebrauchsüberlassung oder Bearbeitung von Sachen) oder durch das Mittel eines sog. abstrakten juristischen Tatbestands (dingliche Verträge, Verzicht, abstraktes Schuldversprechen). Darüber, wann der Tatbestand einer Vermögenszuwendung vorliegt, enthält das BGB. keinerlei Vorschriften; diese Frage ist vollständig aus der Lehre der wirtschaftlichen Bewertung zu entscheiden; auch die causa, als der Zweck (rechtliche Grund) der Vermögenszuwendungen ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlich-psychologischer Faktor. Der Tatbestand des Leistungsgeschäfts steht daher außerhalb des Privatrechts und es können die Bestimmungen der §§ 104—185 BGB. auf ihn keine Anwendung finden: es gibt weder Anfechtung noch Nichtigkeit von Leistungsgeschäften, noch Bedingung oder Stellvertretung. Der einzig mögliche Rechtsbehelf ist die Rückgängigmachung der Leistung durch Kondiktion, die gerade dann stattfindet, wenn bei den Rechtsgeschäften die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eintritt (Irrtum in der causa: condictio indebiti und wegen Nichteintritt des bezweckten Erfolgs, Verstoß der causa gegen ein Verbot usw.).

3. Bestandteile des Rechtsgeschäftes. *Hoeniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge (vgl. u. Ziff. 4 zu §§ 241 ff.) 55 ff. — Die herrschende, seit langer Zeit mit fast stets gleichbleibenden Worten vorgetragene Lehre von den essentialia, naturalia und accidentalia negotii ist voll von Unklarheiten. Die Einteilung vollzieht sich bald im Tatbestand, bald in den Rechtsfolgen. Während Essentialien und Accidentalien wohl immer Tatbestandsteile sind, so sind die Naturalien ausnahmslos Rechtsfolgen und zwar „die dem Inhalt nicht konformen" (vgl. 116 ff.). Unter den Essentialien werden, wie schon Leonhardt bemerkt hat, bald die für die Gültigkeit bald die für die Subsumtion wesentlichen Tatbestandsteile verstanden. Irgendwelche praktische Bedeutung hat diese althergebrachte Einteilung nicht; da sie nur verwirrend wirkt, wird man gut tun, sie fallen zu lassen.

II. Kausa-Lehre. (JDR. 3 Ziff. II zu §§ 104 ff.) *Klingmüller, GoldschmidtsZ. 58 152 ff. Der Lösung des Kausaproblems und dem Verständnis der abstrakten Schuldverträge ist mit Hilfe des von Stampe formulierten und von M. Rümelin nur übernommenen Gegensatzes von „Grundgeschäft“ und „Hilfsgeschäft“ nicht nahezukommen; der Begriff des Hilfsgeschäfts ist weder einheitlich noch selbständig, da die Wahrnehmung allein, daß die Hilfsgeschäfte in ihrer „rechtlichen Wirksamkeit“ von derjenigen ihres Grundgeschäfts abhängen, zur Aufstellung eines besonderen Begriffes nicht ausreicht, auch nicht ersichtlich ist, was mit einer Zusammenpferchung juristisch so heterogener Geschäfte (wie z. B. Bürgschaft, Übergabe der Darlehnssumme, pactum de mutuo dando, Ausschluß der Mängelhaftung beim Kauf, Einkleidung der Kaufgeldforderung in einen Wechsel oder ein Schuldversprechen) unter den Sammelbegriff des „Hilfsgeschäfts“ für das Rechtssystem erreicht werden soll. — Die Möglichkeit einer Lösung des Problems wird nur geboten durch die Zerlegung des empirisch einheitlichen Vermögenszuwendungsgeschäfts in seine beiden Elemente, nämlich Leistungs- und Zwecksatzungsgeschäft. Diese Sonderung ist zunächst für das Gebiet des Sachenrechts von Wichtigkeit, insofern hier das gültige Zustandekommen des Leistungsgeschäfts (Einigung, dinglicher Vertrag) allein und grundsätzlich für den Eintritt der Rechtsänderung genügt. Aber auch im Obligationenrecht gibt es Erscheinungen, die sich zur causa, Zwecksatzung, in ähnlicher Weise verhalten, wie die dinglichen Geschäfte; auch die Begründung von Forderungsrechten kann in „abstrakter“ Weise vor sich gehen: z. B. durch Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Regelung von Inhaberpapieren, Schuldübernahme, Anweisungsakzept. Die Zweckbestimmung dieser abstrakten obligatorischen Zuwendungsgeschäfte ergibt sich aus dem Inhalt der sonstigen Parteiverhandlungen; es können aber auch hier nur rechtliche Zwecke in Frage kommen, d. h. solche, deren Verwirklichung nach den Grundsätzen des positiven Rechtes und mit seinen Mitteln möglich ist.

§ 104. I. *Kuhlenbeck, ZBlFG. 7 282 ff. (vgl. o. Ziff. I 1 zu § 6) eingehend über den Begriff der „freien Willensbestimmung“. Er entscheidet sich für die deterministische Anschauung als praktisch (empirisch) allein brauchbare Auffassung (vorbehaltlich metaphysischer Deutung des Problems im Sinne Kants). Demnach ist „freie Willensbestimmung“ nichts anderes als Bestimmbarkeit der Handlung durch gesunde Motive. Sie ist ausgeschlossen, wenn entweder positiv krankhafte Motive die Handlung auslösen oder negativ die Auslösung gesunder Motive krankhaft gehemmt ist. Bewußtlosigkeitszustände sind in Wahrheit (psychiatrisch) bloße Bewußtseinstrübungen, abnorme Bewußtseinszustände (Delirien, epileptischer Dämmerzustand, Hypnose u. dgl.). Ihr Kriterium die sog. Amnestie wird im Sinne von Schultz aufgefaßt, d. h. es genügen partielle Erinnerungsdefekte. (Vgl. Brunswig, JDR. 2 Ziff. 2 b.)

II. 1. Ziff. 2. RG. JW. 06 376, PosMschr. 06 96, SeuffA. 62 25, RJA. 8 1 ff. Ist die geistige Gebrechlichkeit so beschaffen, daß der Gebrechliche im Sinne der Ziff. 2 überhaupt keinen freien Willen hat, so bedarf es zur Einleitung einer Pflegschaft nicht seiner Einwilligung.

2. Ziff. 2. u. 3. RG. R. 06 501. Wenn in dem Falle der Ziff. 3 die Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausgesprochen ist, hat die Entmündigung die Geschäftsunfähigkeit zur Folge; solange die Entmündigung fortdauert, kommt es nicht darauf an, ob auch die Geisteskrankheit weiter besteht oder ob bei dem Entmündigten lichte Zwischenräume eingetreten sind. — Dagegen hört eine nach Ziff. 2 eingetretene Geschäftsunfähigkeit nicht nur dann auf, wenn die krankhafte Störung der Geistestätigkeit gehoben ist, sondern auch dann, wenn eine solche Störung zwar noch fortdauert, aber nicht mehr die Folge hat, daß dadurch die

freie Willensbestimmung aufgehoben ist. In einem solchen Falle sind lichte Zwischenräume möglich und von rechtlicher Bedeutung.

3. Wie KG. JDR. **4** Ziff. 2 auch KG. 15. 2. 06, RJA. **7** 81.

§ 113. Abs. 4. Arbeitsverhältnis derselben Art. DJZ. **06** 322 (KG.). Das Arbeitsverhältnis als Kellnerin und das als Dienstmädchen können bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Leistungen und im Hinblick auf die besonderen sittlichen Gefahren, die der Beruf einer Kellnerin mit sich bringt, nicht als gleichwertig bezeichnet werden.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Zur Lehre von der Willenserklärung ist in erster Linie auf die Ausführungen von Danz in seinem bereits in zweiter Auflage erschienenen Werke über die Auslegung der Rechtsgeschäfte hinzuweisen. (S. zu §§ 116 ff., vgl. auch den Bericht zu §§ 133, 157.) Breit hat sich auch in diesem Jahre mit dem § 130 beschäftigt und zwar mit einer praktisch besonders wichtigen Frage, nämlich der Verhinderung der Vollziehung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (Ziff. I 4 zu § 130). Auch auf die Bemerkungen Oertmanns zum Begriffe des Zugehens sei hier verwiesen. (Ziff. I 2 zu § 130.) Lebhaft erörtert wurde auch in diesem Jahre wieder die Frage der Giltigkeit fiduziarischer Übereignung. (§ 117 Ziff. I.)

Die Praxis ist ganz besonders fruchtbar auf dem Gebiete des § 138 gewesen. Die verschiedenartigsten Fälle gelangten zur Entscheidung der Gerichte; vor allem in Arbeits- und Dienstverhältnissen, bei geschäftlichen und gewerblichen Verträgen konnte die in sozialem Geiste gehandhabte Bestimmung oft heilsame Anwendung finden. Aber auch selbst dem Staate gegenüber erwies der Begriff der guten Sitten seine Kraft; mußten doch die Bestimmungen der Betriebsordnung des Kaiser-Wilhelm-Kanals wegen Verstoßes gegen § 138 für ungiltig erklärt worden (Ziff. 7 I B e γ zu § 138).

Literatur: Aßmann, Die Rechtsstellung des Boten. Berlin 1906. — Breit, Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung, SeuffBl. **06** 589—597. — Brettner, Zur Sicherungsübereignung, R. **06** 920. — Brons, § 119 des BGB. Rostock 1906 (Erlanger Diss.). — Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2). Jena 1906. — Fontheim, Das Anfechtungsrecht des bürgerlichen Rechtes, insbesondere seine Übertragbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Gestaltungsrechten. Berlin 1906. — Francke, Zwei Beiträge zur Auslegung, SeuffBl. **06** 365—368. — Geißmar, Zur Lehre der Verpfändung von Mobilien und der Sicherungsübereignung, PucheltsZ. **06** 283—295. — Klein, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse, DJZ. **06** 596. — Krückmann, Wandelung und Anfechtung bei dem Kaufe, ACivPr. **97** 420—425. — Manheimer, Schadensersatz wegen Betrugs beim Vertragsschluß, PosMschr. **06** 37—39. — Oertmann, Zugehen und Vernehmen, R. **06** 721—727. — Ders., Unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil Ein Beitrag zur Auslegung des § 143 Abs. 4 BGB., SeuffBl. **06** 280—287. — Oppler, Die sog. unitas actus bei der Errichtung notarieller Urkunden, ElsLothJZ. **06** 595—604. — Staffel, Über Stammlers „Lehre vom richtigen Recht", JheringsJ. **50** 301—322. — Weidemann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte, DJZ. **06** 1000—1004 ff. — Ders., Sicherungen im Lombardverkehr BankA. **5** 164—166, 176 bis 179. — Wienstein, Zur Frage der Sicherungsübereignung, R. **06** 172—174.

§§ 116 ff. Wesen der Willenserklärung. (JDR. **4**, 3, 2 zu §§ 116 ff., **1** vor § 116.) *Danz, Auslegung 6 ff., 62 ff., 126 ff. u. DJZ. **06** 1277 ff. Der Verf. faßt die „Willenserklärung des BGB." als ein Verhalten des Menschen auf, mit dessen Deutung sich die Auslegung zu beschäftigen hat. Er scheidet zunächst — eine Unterscheidung, die man bisher ganz übersehen hat — die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen und die Auslegung von Verkehrsgeschäften; für die erstere gilt die sog. Willenstheorie, für die letztere die sog. Erklärungstheorie. Während man bisher ganz allgemein die Auslegung der Verkehrsgeschäfte als eine Art Beweisaufnahme aufgefaßt hat, bei welcher es darauf ankommt, mittels Beweises den inneren Willen der Parteien zu eruieren, zeigt der Verf., daß die Feststellung der konkreten Willens-

erklärung durch den Richter im Wege der Auslegung in der Weise nach dem BGB. vorzunehmen ist, daß dieser die Bedeutung einsetzt, annimmt, welche die der Gegenpartei erkennbaren Umstände des Falles nach der Verkehrsübung, d. h. so wie sie die Allgemeinheit auffaßt, gedeutet, ergeben. Was alles als „Umstände des Falles" — die bisher überhaupt keine Beachtung gefunden haben — im Leben betrachtet wird, wie diese „Umstände" — auch das sog. Stillschweigen — als Willenserklärung aufzufassen und in Worte umzudeuten ist, wird ausführlich gezeigt. Damit wird die Auslegung auf einen ganz neuen Boden gestellt, was selbstverständlich auch auf den Begriff der Willenserklärung des BGB. zurückwirkt. — Es wird auch weiter hervorgehoben, wie der erkennbare wirtschaftliche Zweck, der mit der Willenserklärung verfolgt wird, die Bedeutung der Worte im konkreten Falle verändert, sie beeinflußt und nur mit der geschilderten Art der Auslegung eine mit dem Leben und dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechende Rechtsprechung erzielt wird. — Das Resultat, zu dem man mit dieser Art der Auslegung gelangt, wird dann in einem speziellen Teil, der sich mit der Auslegung der einzelnen Verträge (entgeltliche, unentgeltliche, Versicherungsverträge, Bürgschaft, Pfandvertrag 2c.) und des einseitigen Rechtsgeschäfts (Vollmacht 2c.), der formellen Rechtsgeschäfte (Grundstücksveräußerungsverträge, Wechsel 2c.) gezeigt. Es wird auch ausgeführt, daß durch jede Auslegung zugleich die konkrete Rechtsfolge festgestellt wird, daß die letztere durchaus von der Auslegung abhängig ist und demnach die bisher fast gar nicht beachtete Auslegung überhaupt die wichtigste Tätigkeit des Richters ist. — Auch die Auslegung der gesetzlichen Formvorschriften, welche das BGB. für Rechtsgeschäfte unter Lebenden und für Verfügungen von Todes wegen aufstellt u. die Wirkung des Prinzips von Treu u. Glauben hierbei, wird eingehend besprochen.

§ 117. I. Fiduziarisches Rechtsgeschäft. (JDR. **4**, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 4.)

1. Sicherungsübereignung (JDR. **4** Ziff. 1, § 1205 Ziff. 1). **a**) Brettner, R. **06** 920 ff. Die Sicherungsübereignung ist nicht als Umgehung des § 1205 anzusehen. (Vgl. **RG.**, JDR. **4** Ziff. 3a zu § 1205.) Um aber Mißbrauch mit ihr zu verhüten, ist strengste Prüfung der Vertragsgültigkeit erforderlich. Die Übereignung hat bald als gesetzliches, bald als ungesetzliches Mittel zu gelten. — Gegen die Ernstlichkeit des Vertrags können eine Reihe von Umständen sprechen: Der Umfang der Übereignung; der übermäßige Wert der verschiedenen Sachen verglichen mit der Höhe der Schuld; die nur ganz allgemeine Bezeichnung der Sachen statt deren genaue Aufzählung; die Mitüberlassung der dem Schuldner notwendigsten und unentbehrlichsten Sachen; der dem Schuldner überlassene Verbrauch oder Verkauf der Sachen.

b) Weidemann, BankA. **5** 176, wendet sich gegen die Meinung Wilutzkis (JW. **01** 710 ff.), daß in dem Institut der fiduziarischen Übereignung eine Waffe des unreellen Verkehrs zu erblicken sei. Er hält vielmehr die moderne Form dieser Institution für sehr segensreich und meint, daß sie, insbesondere wenn sie wie beim Lombardverkehr mit wirklichem Besitzübergang auftrete, durchaus klare Verhältnisse schaffe. — 179 werden die Fragen untersucht, ob es im Gegensatz zu den Sätzen des Pfandrechts gestattet ist, vor dem Eintritt des Sicherungsfalls zu vereinbaren, daß der Fiduziar beim Verzuge des Schuldners das Sicherungsobjekt an Zahlungs Statt zu nunmehr völlig, auch obligatorisch freier Verfügung behält. Ob der Fiduziar einem Dritten, der die Hauptschuld bezahlt, die gestellten Sicherheiten überweisen und ob die Befriedigung aus dem Haftobjekt in jeder beliebigen Art der Verwertung gesucht werden kann.

c) Wienstein, R. **06** 172, untersucht, ob Hallbauers Ausführungen über die Sicherheitsübereignung (R. **05** 632 ff., JDR. **4** Ziff. 1 b), welche im wesentlichen dahin gehen, daß der „Sicherheitseigner" gegenüber dritten Personen alle Rechte des Eigentümers hat, während sein Verhältnis zum „Sicherheitsübereigner" durch die zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Beziehungen sich regelt, sich für die Praxis empfehlen.

d) RG. 30. 1. 06, JW. **06** 161 über ein unter Umständen bestehendes Recht des Käufers, die Herausgabe von während Bestehens einer Geschäftsverbindung zu seiner Sicherung gekauften, dem Verkäufer geliehenen Sachen bei Vermögensverfall des letzteren zu verlangen.

e) BadRpr. **06** 165 (Karlsruhe). Ein auf fiduziarische Eigentumsübertragung gerichteter Vertrag ist nur dann nach Abs. 1 nichtig, wenn ein ernstlicher — sei es auch nur fiduziarischer — Eigentumsübertragungswille nicht vorhanden war. Aus dem Umstande aber, daß mangels eines bestimmten Kaufpreises ein rechtswirksamer Kaufvertrag nicht zustande gekommen ist, folgt noch nicht, daß auch die dingliche Eigentumsübereignung nicht ernstlich gewollt war.

f) Für die Rechtswirksamkeit des Sicherungsverkaufs RG. 5. 12. 05, JW. **06** 51, in Übereinstimmung mit der früheren Praxis. Vgl. auch WürttJ. **17** 313 ff. (Stuttgart).

g) SeuffA. **62** 6 (Dresden) und BadRpr. **06** 66 (Karlsruhe), wie RG. **59** 146 (JDR. **4** Ziff. 3 a zu § 930).

2. RG. 16. 3. 06, JW. **06** 329, PuchelsZ. **06** 305. Für gewöhnlich steht dem Schuldner die Einrede des Scheingeschäfts gegenüber der Klage des Zessionars bezüglich der geschehenen Abtretung nicht zu, nur wenn nachweislich eine Forderungsabtretung lediglich zu dem Zwecke erfolgt ist, damit der Zessionar den Zedenten im Rechtsstreite als Zeugen auftreten lassen kann, kann nach einer in der Rechtslehre vertretenen Ansicht in der Forderungsabtretung ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden. RG. nimmt jedoch hierzu keine Stellung, weil in solcher Art der Angriff gegen die Forderungsabtretung nicht begründet sei.

II. **a)** PrOVG. 25. 1. 06, DJZ. **06** 1156. Ein Dritter, der gegenüber den über die Ernstlichkeit eines Geschäfts einigen Vertragschließenden mit der Behauptung des Scheingeschäfts die Rechtswirkungen eines Vertrags für sich ausschließen will, muß den Beweis dieser Behauptung seinerseits erbringen. **b)** KGJ. **32** A 45 (KG.). Ein Vertrag über die Annahme an Kindes Statt ist, wenn er lediglich eine Änderung des Familiennamens bezweckt, als simulierter Vertrag unwirksam. (Näheres s. JDR. **3** u. **2** Ziff. 3 zu § 1741.)

§ 117, 118. *Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 14 ff., DJZ. **06** 1278. Die Willenserklärung i. S. des BGB. verlangt, daß damit ein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Zweck verfolgt wird; aus diesem Grunde, nicht wegen eines Mangels des inneren Willens entsteht bei der simulierten und nicht ernstlichen Willenserklärung keine Rechtswirkung.

§ 118. Danz, DJZ. **06** 1277 ff. Nicht die subjektive Erwartung des Erklärenden ist gemeint. — Die Nichtigkeit tritt nur ein, wenn objektiv, d. h. nach der Anschauung des Verkehrs (§ 157 BGB.) die Nichternstlichkeit für den Gegner erkennbar war. — Hat der Erklärende absichtlich sich so verhalten, daß der Gegner die Nichternstlichkeit nicht bemerken konnte, so liegt Mentalreservation vor und es tritt deshalb trotz der Nichternstlichkeit des Willens die Rechtswirkung ein, die der Erklärung entspricht. Ebenso Grueber, JDR. **1** Ziff. 4.

§ 119. I. 1. Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu den §§ 459 ff. (JDR. **4** Ziff. I 1.) *Krückmann, ACivPr. **97** 420 ff. Anfechtung wegen Irrtums und Wandelung wegen Mangel schließen sich in concreto gegenseitig aus. Das

Gesetz kann nicht (wie Danz mit Recht bemerkt) das Geschäft aufrechterhalten, Wandelung, und zugleich nicht aufrechterhalten, Anfechtung. (Höchstens eine Alternative mit Wahl des Käufers ist denkbar, die schließlich aber doch immer wieder auf ein entweder — oder hinausläuft.) So ausgeführt bei Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf, insbesondere 16, 20, 23, 24, 38, übersehen von Schneider, ACivPr. **97** 142 (vgl. JDR. **4** Ziff. I 1b. Die von Schneider als Entscheidungen i. S. Krückmanns ausgegebenen Urteile (Schneider 151) sind falsch und werden von Krückmann entschieden abgelehnt.

2. Irrtum und Auslegung. *Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 21 ff. Vor der Frage, ob ein wegen Irrtums anfechtbares Rechtsgeschäft vorliegt, ist durch die Auslegung der objektive Inhalt der Erklärung festzustellen; daraus ergibt sich a) wer der Irrende, also Anfechtungsberechtigte ist, b) ob nur falsa demonstratio vorliegt, c) ob Wandelungsklage oder Anfechtung wegen Irrtums angestellt werden kann.

II. A. Allgemeines u. Abs. 1. 1. **a)** **RG.** 16. 2. 06, JW. **06** 190, GruchotsBeitr. **50** 893 ff. Der Unterschied zwischen dem Irrtum einer Partei und dem sog. versteckten Dissense besteht darin, daß in letzterem Falle jede Partei irrtumsfrei dasjenige erklärt, was sie wirklich will und daß infolge eines wechselseitigen Mißverständnisses ihrer Erklärungen die Parteien einig zu sein wähnen, während in Wirklichkeit ihre Willenserklärungen auseinandergehen. Vgl. SeuffA. **61** 130 (Bamberg). **b)** BayObLG. **6** 486 ff. Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Einfluß des Irrtums auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen finden auch bei Rechtsgeschäften über die Änderung von Rechten an Grundstücken Anwendung, für welche das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist.

2. **RG.** 23. 9. 05, R. **06** 238. Der Rechtsirrtum beim Abschließen von Verträgen steht in den rechtlichen Folgen dem Tatsachenirrtum völlig gleich. (Vgl. JDR. **2** Ziff. IV 1 d.)

3. **RG.** 22. 12. 05, **62** 201, GruchotsBeitr. **50** 887 ff. Mit dem Irrtum des Konkursverwalters darüber, ob Sukzessivlieferungsgeschäfte vorher zum Teile nicht erfüllt waren, der sich als Irrtum über Rechtsfolgen einer Erklärung darstellt (vgl. JDR. **4** Ziff. II 2), kann ein nach § 119 beachtlicher Irrtum zusammentreffen, wenn etwa der Konkursverwalter sich im Irrtum befand über Inhalt und Umfang des Sukzessivlieferungsgeschäftes überhaupt. Ähnlich **RG.** JW. **06** 106.

4. **a)** **RG.** R. **06** 113. Wird eine Willenserklärung wegen Irrtums über deren Inhalt angefochten, so hat der Anfechtende die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit in der Anfechtungserklärung zu behaupten und nachzuweisen. Der Anfechtungsgegner muß beweisen, daß die Anfechtung nicht unverzüglich erfolgt ist. **b)** **RG.** 22. 12. 05, JW. **06** 107 erfordert bestimmte, unzweideutige Erklärung. **c)** **RG.** 23. 11. 05, JW. **06** 10, SeuffA. **61** 178, SeuffBl. **06** 414, BraunschwZ. **06** 77. Bei Anfechtung wegen Irrtums und Betruges muß die Erklärung unzweideutig ergeben, daß das Geschäft aus diesem Grunde angefochten werde. Es ermangelt an Bestimmtheit, wenn in dem zur Anfechtung bestimmten Schreiben die Entschließung des Anfechtenden noch von einer vorhergehenden Stellungnahme des Anfechtungsgegners abhängig gemacht wird. **d)** **RG.** 25. 11. 05, PuceltsZ. **06** 72 ff. Auch in einem Telephongespräch kann eine wirksame Anfechtungserklärung abgegeben werden.

5. OLG. Hamburg 6. 11 05, HansGZ. **06** Beibl. 64. Die Erklärung im Eidestermin, einen Eid zu verweigern, kann nicht nachträglich auf Grund von § 119 wegen Irrtums angefochten werden. — Eine Anfechtung deshalb, weil man eine Erklärung aus unrichtiger Überlegung abgegeben habe, ist unzulässig.

6. RG. 16. 1. 06, JW. 06 145, DJZ. 06 429, GruchotsBeitr. 50 904 ff. Die Anfechtung wegen Irrtums auf seiten einer Versicherungsgesellschaft ist ausgeschlossen, wenn diese sich bereits hinlänglich durch im Versicherungsvertrage enthaltene Fragen über gewisse das Versicherungsrecht betreffende Punkte und dem Versicherungsnehmer angedrohte Verwirkung seiner Rechte aus dem Versicherungsvertrage geschützt hat. Vgl. über Anfechtung eines Invalidenversicherungsvertrags RG. NaumbAZ. 06 4.

7. BayRpflZ. 06 147 (LG. München I). Quittung als eine Wissenserklärung unterliegt nicht der Anfechtung nach § 119.

8. SeuffBl. 06 299 (Stuttgart). Wenn der Saldo einer Abrechnung von den Beteiligten auf Grund der Annahme, er sei richtig und vollständig, anerkannt worden ist, und sich nachher herausstellt, daß ein Posten zugunsten der einen und zu Lasten der anderen Partei übersehen worden war, so kann von Anfechtung gemäß § 119 nicht die Rede sein.

9. Irrtum im Motive. (JDR. 4 Ziff. II 5, 3 Ziff. III 1d u. 2 Ziff. IV 1c.) a) RG. 9. 2. 06, GruchotsBeitr. 50 898 ff. Der Irrtum des Verkäufers über die Höhe der Herstellungskosten für diejenige Eigenschaft der verkauften Ware, welche sie nach seiner Zusage haben sollte, berechtigt nicht zur Anfechtung des Kaufvertrags aus § 119, weil es sich um einen bloßen Irrtum im Motive handelt. Ähnlich RG. 55 367 ff., JDR. 2 Ziff. IV 1c. b) R. 06 178 (Cöln). Wer eine Ware zollfrei verkauft hat, kann nicht den Vertrag wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Ware anfechten, wenn er irrtümlich den Zoll für niedriger gehalten hatte, als dieser wirklich ist und deshalb zollfreie Lieferung versprochen hatte, denn ein solcher Irrtum ist nur ein Irrtum im Motive. c) WürttJ. 18 260 ff. (Stuttgart). Irrtum über die Betriebskosten einer Maschine erscheint nur als ein die Anfechtung des Kaufes nicht rechtfertigender Irrtum im Beweggrund.

10. SchlHolstAnz. 06 145 (Kiel). Keine Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 bei anderen Fehlern, als Hauptmängeln. Vgl. u. Ziff. II 5 zu § 462.

11. SächsRpflA. 06 301 (Dresden). Versehen bei der einer Preisofferte vorausgegangenen Preiskalkulation berechtigt nicht zur Anfechtung aus § 119.

12. RG. 27. 11. 05, R. 06 113, SächsRpflA. 06 74. Die Anfechtung eines außergerichtlichen Akkordes kann nicht damit begründet werden, daß es stillschweigende Voraussetzung des Vertragsschlusses sei, daß eine gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Gläubiger stattfinde.

B. Abs. 2. a) RG. 2. 5. 06, BayRpflZ. 06 271. Das Liegen eines Bauplatzes an einer alten, von Straßenbaukosten befreiten Straße kann Eigenschaft sein (RG. JDR. 4 Ziff. II 8a). Diese fehlte dem Bauplatz, wenn für ihn nachträglich auf Grund der bis dahin nicht angewendeten Vorschriften rechskräftig solche Kosten eingefordert wurden. b) RG. JW. 06 378, BayRpflZ. 06 293, SeuffA. 61 433, SächsRpflA. 07 33, HoldheimsMSchr. 06 231, SchlHolstAnz. 07 52. Der Verkehrswert, der Marktpreis oder Kurs einer Ware ist nicht eine Eigenschaft der Sache im Sinne des Abs. 2. Ebenso WürttJ. 18 263 ff. (Stuttgart). c) KfmG. Berlin, KfmG. 06 77 hat Anfechtung des mit einem Einkäufer abgeschlossenen Vertrags zugelassen, weil dieser sich in einer gleichartigen Stellung vor 2 Jahren bestechlich gezeigt hatte. — Bedenken gegen diese Entscheidung werden ebenda geltend gemacht. d) RG. 11. 7. 05, GruchotsBeitr. 50 643 ff. Eine wesentliche Eigenschaft der Person des Versicherungsnehmers im Sinne des Abs. 2 ist nicht die Freiheit von krankhaften Veränderungen oder Störungen des Körpers. e) R. 06 1254 (Frankfurt). Kreditwürdigkeit des den Kredit in Anspruch nehmenden Teiles ist jedenfalls bei Kreditgeschäften unter Kaufleuten eine wesentliche Eigenschaft. Über Zahlungsfähigkeit RG. JDR. 4

Ziff. II 8 c γ u. OLG. Cöln, JDR. **2** Ziff. IV 2 b. **f)** RG. 16. 1. 06, **62** 282 ff., JW. **06** 131. Irrtum über Eigenschaften eines geschäftlichen Unternehmens fällt nicht unter Irrtum über Eigenschaften einer Person. Keine Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften einer Person, wenn die Unfähigkeit zu sachgemäßer Vertragserfüllung erst durch die mangelhafte Vertragserfüllung zutage tritt. In solchem Falle greifen ausschließlich die Vorschriften über die Folgen vertragswidriger Nichterfüllung Platz. **g)** WürttJ. **18** 259 (Stuttgart). Unter den Eigenschaften der Person oder der Sache kann immer nur die Person des Vertragsgegners oder die den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Sache, nicht eine andere zu dem Rechtsgeschäft irgendwie in Beziehung stehende Person oder Sache verstanden werden. **h)** WürttJ. **18** 260 ff. (Stuttgart). Wesentlich kann nicht dahin verstanden werden, daß es bedeute, „für die Entschließung des Vertragschließenden erheblich", sondern wesentlich sind nur solche Eigenschaften einer Sache, welche nach der Verkehrsanschauung für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen der Sache betreffen. (Vgl. JDR. **2** Ziff. IV 2 c.)

§ 120. Aßmann, Rechtstellung des Boten 101 ff. Kommt eine nicht rechtsgeschäftliche Erklärung durch unrichtige Übermittelung als rechtsgeschäftliche beim Adressaten an, so wird er zu schützen sein, wenn er die Erklärung als rechtsgeschäftliche Erklärung des Absenders ansehen durfte; anderenfalls kann er aus der Erklärung keinerlei Ansprüche herleiten (106). AM. Breit, der in einem solchen Falle Anfechtung niemals für erforderlich hält. (JDR. **2** zu § 120.) — Die Frage, ob auch dann eine Anfechtung erforderlich ist, wenn der Bote absichtlich die aufgetragene Erklärung entstellt, bejaht Aßmann in Übereinstimmung mit Fleck u. Josef (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 122 und **4** Ziff. 1 zu § 120), weil, wer sich eines Boten bedient, auch seine Böswilligkeit vertreten müsse (108 ff.). — Im übrigen setzt er sich 111 ff. mit den von Josef (JDR. **4** Ziff. 1) aufgestellten, den § 120 einengenden Voraussetzungen auseinander.

§ 121. RG. JW. **06** 707 ff., RG. **64** 159. Die Unverzüglichkeit ist nicht in allen Fällen, in denen das BGB. diesen Begriff verwendet, nach demselben Maßstabe zu bemessen. — Im übrigen wie RG. JDR. **4** Ziff. II 1.

§ 122. 1. **a)** Gegen die analoge Ausdehnung des Prinzips des Vertrauensinteresses auf alle Fälle, in denen eine Erklärung nichtig ist (näheres Kuhlenbeck, JDR. **4** Ziff. 2), Klein, DJZ. **06** 596, weil der rechtfertigende Grund bei den gesetzgeberischen Regelungen im BGB. §§ 122, 179 einerseits und §§ 307, 309 andererseits vollständig verschieden sei. Hiergegen wieder Kuhlenbeck, BankA. **5** 285 ff., der meint, daß § 122 bei sachlogisch prinzipieller Auslegung schon jetzt den vom Verkehr mit Recht geforderten Schutz gegen heimliche Geisteskranke gewähre. **b)** Auch Hertel, JustdRdsch. **06** 97 ff., wendet sich gegen Kuhlenbeck und bestreitet, daß man in den §§ 122, 179 und 307 die gesetzliche Anerkennung eines allgemeinen, über diese Einzelfälle hinausgehenden Prinzips zu erblicken habe.

2. Negatives Vertragsinteresse. Görres, BuschsZ. **35** 335 ff., rügt, daß der Gesetzgeber bei der Lösung der Frage nach der Entstehung des Anspruchs auf negatives Vertragsinteresse nicht nach einheitlichen Grundgedanken vorgegangen sei, sondern sie von Fall zu Fall zu lösen versucht habe. Bald seien nur die als Vertragsgegner gedachten Personen als Kläger zugelassen, bald auch Dritte (337). Görres meint, die Entwickelung dränge auf durchgängige Anerkennung des Legalprinzips und auf Zulassung dritter Geschädigter als Kläger; endlich sei die Erweiterung der Kategorie des negativen Vertragsinteresses zum negativen Interesse überhaupt schon jetzt vollendet (338).

§ 123. I. 1. *Manheimer, PosMschr. **06** 37 ff. Nach RG. **59** 157 darf der arglistig Getäuschte, der beim Vertrage stehen bleiben will, verlangen, so gestellt

zu werden, wie wenn die arglistig vorgetäuschte Tatsache wahr wäre. Dieses Recht steht ihm wahlweise zu neben dem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (d. h. in seinem Vermögensstande so gestellt zu werden, als wenn er das schädigende Geschäft nicht geschlossen hätte); es ist aber nicht, wie der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, als Schadensersatzanspruch zu begründen, sondern es entspringt aus dem Anspruch darauf, daß der Vertragschließende für die Wahrheit der von ihm beim Vertragschluß behaupteten Tatsachen einstehe.

2. *Fontheim, Anfechtungsrecht 8 ff. Das Anfechtungsrecht ist ein Recht des rechtlichen Könnens (Zitelmann, Hellwig, Seckel), d. h. ein Recht, durch einseitige Willenserklärung den Tatbestand zur Verwirklichung eines Rechts zu schaffen. Diese Willenserklärung ist also eine rechtsgestaltende Tatsache. Insofern ist das Anfechtungsrecht ein Gestaltungsrecht (Seckel). Das Anfechtungsrecht gibt dem Berechtigten die Macht, bereits eingetretene Rechtswirkungen zu beseitigen bzw. den Eintritt von Rechtswirkungen zu verhindern. Es ist daher ein Aufhebungsrecht (26).

II. Aus der Praxis. 1. Betrug durch Stillschweigen. (IDR. **4** Ziff. II 1, **3** Ziff. I b und **RG.** IDR. **2** Ziff. 3 b.) **a)** **RG.** 2. 3. 06, IW. **06** 225. Verschweigen der objektiven Geschäftslage kann arglistige Täuschung darstellen. Bloßes Verschweigen genügt zur Täuschung auch nach BadRpr. **06** 94 (Karlsruhe). **b)** **RG.** 23. 3. 06, IW. **06** 329, DIZ. **06** 709. Eine allgemeine Offenbarungspflicht des Verkäufers ist nicht anzunehmen, die Frage, ob ein arglistiges Verschweigen vorliegt, vielmehr nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beantworten. Ebenso **RG.** IW. **04** 113 u. 167.

2. Zum Begriffe der Widerrechtlichkeit. (IDR. **4** Ziff. II 2, **3** Ziff. 1 d.) **a)** BadRpr. **06** 122 (Karlsruhe). Fehlte dem Kläger jedes Recht, von der Beklagten Bürgschaft zu verlangen, so war der erstrebte Zweck widerrechtlich und damit die Drohung selbst widerrechtlich; auch ein vermeintliches Recht darf nicht zur Erlangung widerrechtlicher Vorteile benutzt werden. Der mit der Drohung verfolgte Zweck ist für die Widerrechtlichkeit ausschlaggebend. (Planck [3] Note 3 zu § 123.) **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 910. An sich enthält es noch nicht eine widerrechtliche Drohung im Sinne des § 123, wenn bei Vertragsverhandlungen der eine Teil, der nach seiner Meinung durch eine strafbare Handlungsweise des anderen geschädigt worden ist, darauf hinweist, daß er über diese der Staatsanwaltschaft Anzeige zu machen beabsichtige. Widerrechtlich ist ein solcher Hinweis nur dann, wenn er bewußtermaßen als Mittel benutzt wird, um den widerstrebenden Willen des anderen Teiles zu überwinden. (Vgl. **RG.** **59** 353, IDR. **4** Ziff. II 2a.) **c)** SchlHolstAnz. **06** 292 (Kiel). Zur Anfechtung einer Willenserklärung, zu deren Abgabe der Anfechtende widerrechtlich durch Drohung bestimmt sein will, genügt es nicht, daß das Verhalten des Anfechtungsgegners objektiv widerrechtlich war, sondern es ist weiter zu fordern, daß dieser sich auch der Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise bewußt gewesen ist. **d)** Widerrechtliche Absicht erfordert **RG.** 16. 12. 05, IW. **06** 82; ebenso bereits **RG.** **59** 352 und **RG.** 24. 11. 06, IW. **07** 5. Vgl. auch R. **06** 1190 (Frankfurt).

3. Zum Begriffe der Drohung. (IDR. **4** Ziff. II 3.) **a)** DIZ. **06** 1097 (KG.). Zur Drohung gehört, daß die Beeinflussung des freien Willens des Bedrohten durch ein von dem Willen des Drohenden abhängiges, von diesem noch erst irgendwie durch positive Tätigkeit in Bewegung zu setzendes Übel erfolgt sein muß. Dazu genügt weder die bloße Tatsache, daß die schon bestehenden Verhältnisse von selbst ein künftiges Übel erwarten lassen, selbst wenn darauf zum Zwecke der Willensbestimmung hingewiesen ist, noch erfüllt es den Tatbestand der Drohung, wenn die Verhütung solcher üblen Folgen von einem frei-

willigen Eingreifen des Drohenden abhängig gemacht wird. (So auch **RG.** JDR. **4** Ziff. II 3.) **b)** **RG.**, 9. 6. 06, BayRpflZ. **06** 480, JW. **06** 453. Die Drohung (z. B. mit einer Strafanzeige) braucht nicht von dem Empfänger der erzwungenen Willenserklärung auszugehen.

4. § 123 im Wechselrecht. **a)** HessRspr. **6** 170 (Darmstadt). § 123 ist auf das Wechselrecht nicht anwendbar. (Staub, WO. 201, Rehbein, WO. 132.) **b)** DJZ. **06** 209 (Rostock). Aus den Artt. 74 und 82 WO. ist zu folgern, daß der gutgläubige Wechselerwerber mit dem Wechseleigentum auch unanfechtbares Gläubigerrecht aus dem Wechsel erwirbt und daß daher gegen ihn die Anfechtung der Wechselerklärung wegen Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen ist, gleichgültig, ob diese ihren Grund in einem Irrtum oder in einer widerrechtlichen Beeinflussung des Willens hat.

5. OLG. **12** 13 (Cöln). Bedingt erfolgte Anfechtungserklärung ist nicht ausreichend.

6. **RG.** 16. 12. 05, JW. **06** 83. Ein wirtschaftlich als einheitlicher Vertrag aufzufassender Kaufvertrag ist beim Betruge auch nur eines der Verkaufsparteien ganz nichtig.

7. **a)** **RG.** 28. 3. 06, **63** 110 ff., JW. **06** 330, DJZ. **06** 655. Der betrogene Käufer kann den Vertrag anfechten, aber auch statt dessen Schadensersatz fordern, auch wenn er die Erfüllung des Vertrags trotz der nach dem Vertragsschluß erlangten Kenntnis des richtigen Sachverhalts unter Vorbehalt seines Rechtes entgegengenommen hat. Vgl. auch o. Ziff. I 1. Ebenso **RG. 59** 155, JDR. **4** Ziff. 1 zu § 124 u. **RG.** JDR. **3** Ziff. I a. **b)** OLG. **12** 12 (Marienwerder) spricht dem Betrogenen, der den Vertrag nicht anficht, nur das negative Vertragsinteresse zu. (Gegen **RG.** JDR. **4** Ziff. 1 zu § 124.) **c)** **RG.** 3. 2. 06, BayRpflZ. **06** 188. Schadensersatz kann wegen einer einzelnen betrügerisch veranlaßten Vertragsbestimmung auch dann verlangt werden, wenn Anfechtung des ganzen Vertrags unzulässig ist.

8. BadRpr. **06** 94 (Karlsruhe). Eine Bürgschaft kann wegen einer durch den Prokuristen des Gläubigers vorgenommenen arglistigen Täuschung angefochten werden.

9. **RG.** 8. 7. 05, **61** 212. Wegen eines vom Vertreter bei Gelegenheit eines Vertragsabschlusses geübten Betrugs ist dem Getäuschten in der Regel nur die Vertragsanfechtung des § 123 als einziges Schutzmittel gegeben. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 3 zu §§ 164 ff.)

10. Auf Unfähigkeit eines Handlungsgehilfen wird die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gestützt in einem Falle, über den KfmG. **06** 78 berichtet.

11. **RG.** 12. 6. 06, R. **06** 854. Die Bestimmungen des § 347 finden an sich keine Anwendung, wenn ein Vertrag wegen arglistiger Täuschung als nichtig mit Erfolg angefochten wird.

12. Abs. 2. R. **06** 1435 (Breslau). Der Vertreter bei der Annahme einer Willenserklärung ist nicht ein Dritter im Sinne des Abs. 2. Die von ihm verübte Täuschung steht der arglistigen Täuschung des Vertretenen völlig gleich.

§ 124. 1. **RG.** 2. 5. 06, **63** 268 ff., JW. **06** 379. § 124 enthält, insofern er eine Auflösung des durch Betrug zustande gekommenen Vertrags nur bei rechtzeitiger Anfechtung zuläßt, eine Spezialvorschrift, die als solche nach allgemeinen Auslegungsregeln die Geltung der allgemein lautenden Vorschriften der §§ 249, 826 einschränkt; wollte man das Gegenteil annehmen, so würde § 124 überhaupt gegenstandslos sein, weil dann die Rückgängigmachung eines durch Betrug veranlaßten Vertragsschlusses auch ohne vorgängige rechtzeitige Anfechtung erreicht werden könnte.

2. Wie **RG. 59** 155 (JDR. **4** Ziff. 1) auch **RG. 63** 269. Ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag rechtzeitig angefochten worden ist, kann der Betrogene

bei dem Vertrage stehen bleiben und gemäß § 826 Schadensersatz wegen des verübten Betrugs verlangen. Vgl. o. Ziff. I 1 zu § 123.

§§ 125 ff. *Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 132, 134 ff., 146. Auch Formalgeschäfte sind auszulegen unter Beachtung der Umstände des Falles und des wirtschaftlichen Zweckes; auch Vorberedungen (151), Zusicherung von Eigenschaften (152). Auslegung letztwilliger Verfügungen (229 ff.). Auch die gesetzlichen Normen, welche die Form vorschreiben, sind nach den gleichen Grundsätzen auszulegen (139 ff.). Vertragsmäßige Vereinbarung einer Form und deren Auslegung 195; daß nur schriftliche Abänderungen gelten sollen 198.

§ 126. 1. **RG.** 3. 4. 06, JW. **06** 348. Ist ein wesentliches Stück eines Vertrags, der zu seiner vollen Gültigkeit der Abfassung in Schriftform bedurft hätte, nur mündlich abgeschlossen, so muß der ganze Vertrag als der gesetzlich erforderten Form entbehrend betrachtet werden. (Vgl. **RG.** JDR. **3** Ziff. 4 c.)

2. RJA. **6** 262, DJZ. **06** 433, KGJ. **31** A 109, ZBlFG. **6** 798 (KG). Es ist als Wille des Gesetzgebers anzusehen, daß die Urkunden, welche gesetzlich der schriftlichen Form bedürfen, mit demjenigen Namen zu unterschreiben sind, dessen sich der Unterschreibende im geschäftlichen Verkehre zu bedienen pflegt. Zum mindesten ist — von besonderen Fällen, z. B. Schriftsteller, Kirchenfürsten abgesehen — Unterzeichnung mit dem Familiennamen erforderlich. (Vgl. bes. Josef, JDR. **2** Ziff. 2.)

3. ElsLothNotZ. **06** 374 (LG. Colmar). Es genügt die im Elsaß vielfach übliche Unterzeichnung mit dem Mädchennamen seitens einer Frau, wenn nach Lage des einzelnen Falles die unterschreibende Frau durch jene Bezeichnung hinreichend von anderen Personen unterschieden ist und Unklarheiten und Verwechselungen ausgeschlossen erscheinen.

§ 128. 1. *Oppler, Die sog. unitas actus bei der Errichtung notarieller Urkunden, ElsLothJZ. **06** 595 ff. Die stückweise, getrennte Beurkundung, Vorlesung und Unterzeichnung von Willenserklärungen einzelner Beteiligter ist unzulässig bei Beurkundung eines Rechtsgeschäfts; die Einheitlichkeit der Verhandlung in bezug auf Ort und Zeit muß insofern unter allen Umständen gewahrt werden, als in Anwesenheit der mitwirkenden Personen das gesamte über die Erklärungen der Beteiligten aufgenommene Protokoll allen Beteiligten vorgelesen und von ihnen sowie den mitwirkenden Personen unterschrieben werden muß. Wenn ein Vertragsteil seine Erklärung für sich zeitlich und unter Umständen auch örtlich getrennt von dem anderen abgibt und beurkunden läßt — was nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsparteien der §§ 925, 1015, 1434, 1750, 1770, 2276 und 2290 BGB. unzulässig ist —, so kann und darf dies nur auf dem durch die §§ 128, 152 BGB. vorgesehenen Wege geschehen, daß über die Erklärung eines jeden Vertragsteils eine besondere Verhandlung, d. h. ein besonderes von dem Urkundsbeamten unter Beobachtung der hierfür vorgeschriebenen Formen zu errichtendes und von ihm zu unterzeichnendes Protokoll aufgenommen wird.

2. Flechtheim, RheinNotZ. **06** 49 ff., hält die Bestimmung des § 128 i. V. mit § 152 für systemwidrig und unpraktisch. Die gefährlichste Spitze habe das RG. der Bestimmung allerdings durch seine Entsch. v. 26. 10. 01, **RG. 49** 127 ff. (JDR. **1** Ziff. 1 zu §§ 128, 152) abgebrochen. Es empfehle sich aber dennoch für den Antragsteller, der sich gegen die ungesunden Konsequenzen der Vorschrift schützen will, folgende Bestimmung: diese Offerte gilt auf unbestimmte Zeit, jedoch behalte ich mir, wenn die Offerte nicht spätestens bis zum . . . . angenommen wird, das Recht jederzeitigen Widerrufs vor. Die Annahme gilt erst

als erfolgt mit der Zustellung des die Annahme beurkundenden gerichtlichen oder notariellen Aktes an mich.

§ 130. I. 1. Koppers, DJZ. **06** 75, führt gegen **RG. 60** 334 — in Übereinstimmung mit seiner früheren Darlegung, JDR. **1** Ziff. 2 — aus: Eine mündliche Mitteilung an einen Hausgenossen kann nicht als Erklärung gegenüber dem abwesenden Erklärungsgegner gelten; sie ist nur eine Erklärung an den Hausgenossen und enthält den an diesen gerichteten Auftrag zu einer Botschaft an den Erklärungsgegner. Die Botschaft geht dem Erklärungsgegner erst dann zu, wenn sie von dem Boten ausgerichtet wird, und nur in der Form, wie sie von dem Boten bestellt wird (§ 120 BGB.).

2. Begriff des Zugehens. (Titze, JDR. **3** Ziff. I 1.) Oertmann, R. **06** 723 ff. Die Erklärung besteht schon von der Abgabe ab; der Empfang ist nicht sowohl Erfordernis der Errichtung, als vielmehr nur der Wirksamkeit, ein zur Erklärung hinzukommendes weiteres Tatbestandsmoment. — Das Zugehen der Erklärung ist nicht deren eigener Bestandteil, sondern ein weiteres, seinerseits nicht erklärungsartiges Tatbestandsmoment, das nach dem Gesetz erfüllt sein muß, damit die Erklärung Wirkungen zeitige. Sie ist ein gesetzlich vorgeschriebenes Stück eines sich sukzessive vollendenden Tatbestandes, also das, was man unter dem freilich noch nicht genügend geklärten Begriff der Rechtsbedingung (condicio iuris) zu verstehen pflegt. — Zugehen muß die für sich vollendete Erklärung. Sie geht zu, nicht i. S. des Erklärungsaktes, dieser stellt nur ein Geschehen vor, das ein anderer beobachten, an dem er teilnehmen kann, dem aber die Dauerexistenz abgeht, wie sie notwendig ist, um daran die weitere Manipulation des Zugehenlassens vorzunehmen. „Zugehen" kann nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel.

3. Anwendbarkeit des § 130 auf Erklärungen unter Anwesenden. (JDR. **4** Ziff. II 3.) Oertmann, R. **06** 725 ff. Für die Abgabe mündlicher, einer Verkörperung entbehrenden Erklärungen ist § 130 in vollem Umfange unanwendbar, da das bei ihnen fehlt, was allein Gegenstand des „Zugehens" bilden kann. Die Empfangsbedürftigkeit muß bei ihnen durch Vernehmungsbedürftigkeit ersetzt werden (725). — Auf den Unterschied der Erklärungen unter An- und Abwesenden darf grundsätzlich nicht abgestellt werden. Überreicht jemand dem anwesenden Gegner ein Schriftstück, so wird darin zweifellos ein nach § 130 ausreichendes „Zugehen" der Erklärung zu finden sein, ohne daß es auf wirkliche Kenntnisnahme vom Inhalte ankäme (726).

4. Verhinderung der Vollziehung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. (Vgl. David, JDR. **1** Ziff. 5, Titze JDR. **3** Ziff. I 2, und **RG.** JDR. **3** Ziff. IV b, **4** Ziff. 3 c α, β.) Breit, SeuffBl. **06** 589 ff. Aus § 530 Abs. 2, demzufolge die Schenkung durch die Verhinderung am Widerrufe noch nicht widerrufen ist, wird für alle adressierungsbedürftigen Willenserklärungen gefolgert, daß die Vereitelung der Abgabe einer Willenserklärung niemals die Erklärung selbst ersetzt, und zwar ohne daß es einen Unterschied macht, ob die Vereitelung durch den Adressaten selbst erfolgt ist oder durch eine dritte Person und gleichgültig, ob die Vereitelung absichtlich geschieht oder nicht. Es bleibt dem Erklärenden nichts übrig, als die Erklärung nach Hebung des Hindernisses abzugeben (594). Wohl komme es jedoch entgegen der herrschenden Meinung darauf an, ob die Vereitelung des Zugangs der Willenserklärung auf einem Verschulden des Adressaten beruhe (595). Ein solches schuldhaftes Verhalten des Erklärungsgegners aber werde man in allen den Fällen anzunehmen haben, in denen er in einer das Anstandempfinden aller gerecht und billig denkenden

Rechtsgenossen verletzenden Weise den Zugang verhindert hat. Daß in solchen Fällen der Adressat sich auf die Verspätung nicht berufen könne, ergebe sich aus den gesetzlichen Normen über die Schadensersatzpflicht (§ 823). Die Anwendung des § 823 Abs. 1 sei daraus zu folgern, daß die Fähigkeit einer Person in einem konkreten Falle eine mit Rechtswirkungen verbundene einseitige Willenserklärung abzugeben, stets der Ausfluß einer von der Existenz bestimmter Voraussetzungen abhängigen Rechtsmacht sei, und diese „Kann-Rechte" einer Person ebenso wie alle anderen Rechte von Dritten schuldhaft verletzt werden könnten. Hat ein Dritter als der Erklärungsgegner das Kannrecht dadurch schuldhaft verletzt, daß er dem Erklärenden die rechtzeitige Abgabe der Erklärung unmöglich gemacht hat, so sei die Herstellung nicht möglich und der Ersatzpflichtige hat den Berechtigten durch Geld zu entschädigen. Anders wenn der Erklärungsgegner selbst das Kannrecht schuldhaft verletzt hat. Hier sei die Herstellung in der Weise möglich, daß der Erklärungsgegner sich so behandeln lassen müsse, als ob das Recht noch bestände, d. h. er müsse die Erklärung noch nachträglich entgegennehmen (596).

5. *Wertheimer, BankA. **6** 54. Das BGB. hat keine Ausdrucksmittel für empfangsbedürftige Willenserklärungen bestimmt; nach dem Prinzip der Formfreiheit können die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in jeder vom Verkehr anerkannten Weise zum Ausdruck gebracht werden, z. B. können die den Gläubigern einer Anleihe gegenüber betr. Kündigung, Einlösung ꝛc. derselben abzugebenden Erklärungen durch Publikation der betreffenden Erklärung in öffentlichen Blättern erfolgen. Dieselben gelten dann nach Ablauf einer angemessenen Frist nach Erscheinen des betreffenden Blattes als „zugegangen".

II. Aus der Praxis. 1. R. **06** 116, OLG. **12** 63 ff. (Colmar). Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Empfänger einer Erklärung, welcher deren verspätetes Zugehen verschuldet hat, sich zu seinen Gunsten auf diese Verspätung berufen könnte. Abgelehnt wird die Ansicht Tietzes (JDR. **3** Ziff. I 2), daß es nicht darauf ankomme, ob die in der Person des Empfängers liegenden Gründe von diesem verschuldet sind. Vgl. JDR. **3** Ziff. IV b.

2. KG. 7. 12. 05, R. **06** 46. Die Versicherung des Vorstandes der Genossenschaft, daß die eingereichte Aufkündigung des Genossen rechtzeitig erfolgt sei, ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern ein Zeugnis.

3. **RG.**, JDR. **4** Ziff. II 3 a, jetzt auch **RG. 61** 414 ff.

4. **RG. 61** 125 ff., JDR. **4** II 1, jetzt auch SeuffA. **61** 434. Vgl. auch die Entsch. des OLG. Hamburg, an welches das RG. zurückverwiesen hatte, HansGZ. **06** Hptbl. 179.

5. Auf dem Standpunkt des **RG.** JDR. **3** Ziff. IV b steht auch OLG. Colmar 10. 11. 05, ElsLothJZ. **06** 366 gegen Titze, JDR. **3** Ziff. I 2 zu § 130.

§ 132. OLG. **12** 250 (KG.). Der Empfänger einer gemäß § 132 zugestellten einseitigen Willenserklärung kann nicht dem Gerichtsvollzieher gegenüber erklären, daß er die zugestellte Willenserklärung wegen fehlender Vollmacht des Erklärenden zurückweise, weil der Gerichtsvollzieher nicht Bevollmächtigter des Erklärenden ist.

§ 133. I. *Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 37 ff., 69, 163, 40 ff., 69 ff., 163. Nach § 133 sind die „Umstände des Falles" im Auge zu behalten, um die Bedeutung der Willenserklärung festzustellen; sie sind es, welche die Bedeutung der Worte stets beeinflussen; ebenso der wirtschaftliche Erfolg. Dies gilt auch bei Formalgeschäften. (Danz 146, 232 ff.) Der § 133 gilt durchgehend bei letztwilligen Verfügungen, bei Verkehrsgeschäften nur insoweit die Umstände des Falles für den Gegner erkennbar sind (407, 678, 230 ff.). Ausgelegt werden nur Willenserklärungen des Privaten oder des Gesetzgebers (53). Keine Auslegung findet statt bei Einverständnis der Parteien

über den Sinn der Worte (57, 59); es gilt für die Auslegung der Satz: falsa demonstratio non nocet (58, 134, 144, 235). Behauptet eine Partei „Umstände des Falles" (Vorverhandlungen der Parteien, Usance, nach dem Abschluß liegende Tatsachen), so sind diese von ihr zu beweisen (60 ff., 75, 89); nur erkennbare Umstände des Falles kommen bei Verkehrsgeschäften in Betracht (62). Bezeichnung des Rechtsgeschäfts durch die Parteien (72); Auslegung stillschweigender Willenserklärungen (72 ff.); Urkundenauslegung und innerer Wille (53 ff.). Die Auslegungsregeln für Rechtsgeschäfte sind keine zwingenden Normen; sie kommen nicht in Anwendung, wenn die Parteien über einen bestimmten Sinn der Vertragsworte einig sind (87); sie sind keine Vermutungen (90 ff.). Die Auslegung ist die erste Tätigkeit des Richters, sie erfolgt nach dem Laienverstande; die juristische Konstruktion ist durchaus abhängig von der Auslegung (114 ff.). Auslegung der Formalgeschäfte vgl. oben zu §§ 125 ff. Auslegung von Wechseln §§ 137 ff., 141, 150 Note 3, 171.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 9. 1. 06, JW. **06** 107. Die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung ist selbst in der Form abzulehnen, wonach Verträge keinen Bestand haben, wenn der eine Vertragsteil eine von ihm unterstellte Voraussetzung beim Vertragsschluß erkennbar gemacht hat und diese Voraussetzung nicht eintrifft.

2. **RG.** 9. 1. 06, GruchotsBeitr. **50** 911. Wurde eine Willenserklärung unter einer stillschweigenden Voraussetzung abgegeben, so ist der Erklärende, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Vorbehalt Inhalt des Vertrags geworden ist, nur dann zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Parteiwille dahin auszulegen ist, daß bei den veränderten Verhältnissen der Vertrag nicht gelten solle.

3. R. **06** 114 (Breslau). Verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Willenserklärung, so kommt für die Auslegung keine andere Quelle als der Ausdruck in Betracht. Es ist die Möglichkeit benommen, den Willen anderswoher zu schöpfen.

4. **a**) **RG.** 27. 6. 06, JW. **06** 543. Die der Abfassung einer Vertragsurkunde vorausgegangenen schriftlichen Äußerungen der Beteiligten können dann nicht gänzlich unbeachtet bleiben, wenn die Urkunde selbst Unklarheiten und Zweifel über dasjenige übrig läßt, worüber die Parteien sich verständigt haben. **b**) **RG.** JW. **06** 11. Die Vollständigkeit der Schrift wird nur vermutet bei Behauptung mündlicher Vereinbarungen gegen den Inhalt des schriftlichen Vertrags. Ebenso **RG.** 13. 2. 06, JW. **06** 226, PucheltsZ. **06** 338. **c**) **RG.** 14. 12. 05, JW. **06** 87. Zur Erforschung des einer schriftlichen Erklärung zugrunde liegenden Willens können auch außerhalb der auszulegenden Erklärung liegende Umstände herangezogen werden. Vgl. schon **RG.** **59** 219.

5. BayObLG., BayRpflZ. **06** 64, BayNotZ. **06** 103, BayObLG. **7** 1 ff., SeuffBl. **06** 630. Die Erklärung des Mannes, daß er die Erteilung einer Vollmacht durch die Frau genehmige, enthält auch die Zustimmung zu den auf Grund der Vollmacht vorzunehmenden Rechtsgeschäften.

6. **RG.** 30. 10. 06, JW. **06** 807. Unter „ärztlicher Behandlung" ist auch eine in deren Verlauf sich nötig machende Operation mitzuverstehen.

Im übrigen vgl. u. zu §§ 157, 242.

§ 134. I. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, prüft die Unterlassungsversprechen und Verbindlichkeiten im Hinblick auf einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (155 ff.), insbesondere auch gegen § 270 PrStGB. — pacta de non licitando (145 ff.).

2. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Über das Verhältnis des Verstoßes gegen ein Verbot zum Verstoß gegen die guten Sitten 5 Anm. 5. — Über die Unterscheidung von Verbot und bloßer Unwirksamkeitserklärung 66.

II. 1. **RG.** 8. u. 9. 2. 06, GruchotsBeitr. **50** 919 ff., BreslauAK. **06** 21. Inwieweit ein gesetzliches Verbot ein mit der verbotenen Handlung in Beziehung stehendes Rechtsgeschäft nichtig macht, ist im Einzelfall aus der Tendenz, dem Grund und Zweck des Verbotsgesetzes zu entnehmen. So wird ein gegen das Verbot der §§ 33, 147 Nr. 1 GewO. errichteter Vertrag über pachtweise Überlassung einer Gast- oder Schankwirtschaft ohne die behördliche Erlaubnis der Nichtigkeit hinsichtlich der aus dem Pachtvertrag unmittelbar hervorgehenden Rechte und Pflichten unterliegen. Diese Nichtigkeit bewirkt aber nicht, daß auch eine Bürgschaft nichtig wäre, die für die Bezahlung der zu dem verbotswidrigen Wirtschaftsbetrieb auf Kredit entnommenen Waren übernommen worden ist.

2. KGJ. **31** A 183 ff. (KG.). In der Errichtung einer GmbH. zu dem Zwecke, daß eine geistliche Gesellschaft unter der Firma Vermögen erwerben kann, ist eine unzulässige Umgehung des Art. 13 PrVerf., eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB., zu erblicken, die den Gesellschaftsvertrag nichtig und die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister unzulässig macht. — Eine unzulässige Gesetzesumgehung wird anzunehmen sein, wenn ein wirtschaftlicher Erfolg von gewisser Beschaffenheit trotz eines gegen ihn gerichteten Verbotsgesetzes erstrebt wird, es sei denn, daß das Verbotsgesetz nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft verbieten will.

3. OLG. Frankfurt (Straff.) 12. 3. 06., FrankfRundsch. **40** 36. § 134 setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft als Ganzes verboten ist. Verbote, die nur die Umstände betreffen, kommen nicht in Betracht. Auch der gewerbsmäßige Glücksspielvertrag ist mithin kein absolut nichtiges Geschäft.

4. PucheltsZ. **06** 322 (LG. Düsseldorf). Unter § 134 fällt nicht ein Vertrag, wenn er nur für einen Kontrahenten den Tatbestand einer strafbaren Handlung enthält.

5. BadRpr. **06** 254 (LG. Karlsruhe). Der Verkauf von „mit wässeriger Zuckerlösung überstrecktem Weine" ist nach § 134 nichtig. Vgl. § 3 WeinG. Hiergegen wird von Kullmann, BadRpr. **06** 299, geltend gemacht, daß ein Kauf als zweiseitiges Rechtsgeschäft nur dann gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn das Verbotswidrige Gegenstand der zweiseitigen Einigung ist. Das Rechtsgeschäft verstoße mithin schon dann nicht gegen ein Verbot, wenn ein Teil die verbotswidrige Qualität des Weines nicht kenne. Hiergegen Mainhard (300), mit dem Hinweise, daß nach dem Weingesetz unter „Verkauf" die Erfüllung des Kaufvertrags durch Leistung verbotswidriger Ware gemeint sei.

6. SeuffA. **61** 263, EisenbE. **23** 124 (Königsberg). Wenn auch Baupolizeiverordnungen zu den Verbotsgesetzen im weitesten Sinne zu zählen sind, so ist doch nicht anzunehmen, daß das BGB. im § 134 den Begriff des gesetzlichen Verbots in diesem weiten Sinne verstanden wissen will.

7. Vgl. über die Frage, inwieweit ein einem polizeilichen Verbot zuwiderlaufendes Rechtsgeschäft unwirksam ist, OLG. Karlsruhe, JDR. **2** Ziff. 3a.

§§ 135—137. *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 604 ff. Nur solche Veräußerungsverbote sind gemeint, die primär gewollt sind, das Objekt selbst ergreifen, nicht aber als Folge anderer Rechte, z. B. Verpfändungen, erscheinen.

§ 137. **RG.** 16. 6. 06, **63** 394 ff., DJZ. **06** 1026, JW. **06** 579. Ein allgemeines Verbot mit dinglicher Wirkung gegen jeden Dritten, der Eigentümer rechtmäßig in den Verkehr gebrachter Exemplare eines Schriftwerkes ist oder solche zu Eigentum erwerben will, kann der Autor und Verleger nach § 137 nicht erlassen (399). Vgl. auch **RG.** (Straff.) DJZ. **06** 1096.

§ 138. 1. *Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, BuschsZ. **35** 410. Eine Vereinbarung, durch welche eine Partei gegenüber der anderen auf die Befugnis zur Verfolgung eines ihr zustehenden subjektiven Rechtes verzichtet, verstößt, wenn

nicht darin, worüber die Umstände des Falles entscheiden, ein materiell-rechtlicher Verzicht zu erblicken ist, gegen die guten Sitten und ist deshalb nichtig. Das subjektive Recht kann, soweit nicht im einzelnen Falle Selbsthilfe erlaubt ist, die zu seinem Wesen und Inhalte gehörende Betätigung nur im Wege der Rechtshilfe finden. Ohne gleichzeitige Eröffnung eines anderen nicht verbotenen Weges der Betätigung (Schiedsverfahren) auf die Rechtshilfe verzichten, heißt also entweder auf das Recht verzichten oder den Berechtigten auf den verbotenen Weg der Selbsthilfe verweisen. Liegt das erstere im gegebenen Falle nicht vor, so ist das letztere und damit das Moment des Unsittlichen gegeben. Dasselbe gilt auch von dem sog. Selbsthilfevertrage, es kann deshalb der Ansicht von Schmidt (Lehrbuch d. d. Zivilprozeßrechts 115), der den Selbsthilfevertrag in der Form der Gestattung der Wegnahme von Gegenständen, welche im sog. Abzahlungsgeschäfte verkauft sind und im Falle der Säumnis für gültig erachtet, nicht beigetreten werden, da eine solche Vereinbarung praktische Bedeutung nur für den Fall hat, wenn der Schuldner sich der Eigenmacht des Gläubigers widersetzt. In der Gestattung der Anwendung von Gewalt liegt das unsittliche Moment.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 135 ff., beantwortet die Frage ob und inwieweit die Begründung von Unterlassungspflichten ohne Verstoß gegen die guten Sitten zulässig ist. Er untersucht insbesondere

a) die Gültigkeit der Konkurrenzausschlußverträge (139—145);

b) die pacta de non licitando (145—151);

c) Verträge über die Nichtausübung des Stimm- und Wahlrechts (151);

d) Verträge auf dem Gebiete des ehelichen Lebens über Getrenntleben, Ehelosigkeit, Unterlassen einer neuen Heirat, eines Glaubenswechsels (152 ff.);

e) Verträge auf dem Gebiete des religiösen, politischen, gesellschaftlichen Lebens (151 ff.);

f) Abmachungen über Nichtanzeige von Verbrechen (Schweigegeld), Unterlassen der Strafanzeige usw. (154, 155).

3. Kriegsmann, Rechtsgrund der Eigentumsübertragung 81. Wenn auch nicht aus der Abstraktheit zu folgern, so ist dennoch auf Grund der positiven Ausgestaltung des Gesetzes anzunehmen, daß die Einigung nicht gegen § 138 verstoßen kann, weil die Aufnahme der condictio ob turpem vel iniustam causam erfolgt ist. AM. Neubecker, JWBl. **06** 132. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2.)

4. Fromme, Entgeltliche Übertragung ärztlicher Praxis, welches Rechtsgeschäft? Berliner Klinik Heft 215. Ehrengerichtlich unerlaubt ist der Verkauf der ärztlichen Praxis nur dann nicht, wenn lediglich ausstehende Honorarforderungen abgetreten werden. In demselben Umfange, in dem derartige Verträge ehrengerichtlich verboten sind, sind sie auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten rechtlich nichtig.

5. **a**) Ein Arbeitsdienstvertrag, durch welchen auswärtige Arbeiter zur Besetzung der durch Ausständige verlassenen Stellen in Streikorte herangezogen werden, widerstreitet nach Dr. *B. Hilse, SeuffBl. **06** 549, nicht den guten Sitten, kann aber auch nicht aus dem Grunde wegen Irrtums angefochten werden, weil bei dessen Abschlusse der Arbeiter nicht davon in Kenntnis gesetzt wurde, daß es sich um Streikarbeit handle; deshalb hält derselbe in der deutschen ArbeitgeberZ. **06** 471 ihn auch nicht befugt, vom Vertrage zurückzutreten und Entschädigungsansprüche aus § 628 BGB., § 124b GewO. zu erheben, vielmehr sogar zum Schadensersatz an den Arbeitgeber verpflichtet, wenn er sich durch die Streikposten wieder abschieben läßt, also die Dienstleistungen verweigert. **b**) *Riezler, Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit, ABürgR. **27** 248 ff. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Koalitionsfreiheit verstößt gegen die guten Sitten und ist daher nichtig.

6. *Rauter, WarenZG. § 15. § 138 Abs. 1 i. V. mit § 826 sowie mit entsprechenden Bestimmungen des WarenZG. und des UnlWG. begründen ein Recht des Inhabers eines nicht eingetragenen Warenzeichens gegenüber dritten Personen, die es sich nachträglich haben eintragen lassen.

7. Aus der Praxis. I. Abs. 1. A. Allgemeine Gesichtspunkte. **a)** (IDR. **4** Ziff. 9 IA.) α. SächsRpflA. **06** 11 (Dresden). Es kann nicht mit Planck (3) Note 1 b zu § 138 und Enneccerus-Lehmann I § 98 II angenommen werden, daß ein abstraktes Geschäft gegen die guten Sitten nicht verstoßen könne. Es kommt vielmehr alles auf die Umstände des einzelnen Falles an (**RG. 57** 96). Mithin kann der dinglichen Klage aus einer Hypothek die für rückständiges Kaufgeld aus einem solchen Vertrage (Bordellhypothek) bestellt worden ist, nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Hypothek wegen der Unsittlichkeit des Kaufvertrags nichtig sei. — Die Nichtigkeit ergreift auch die Auflassung nach OLG. **13** 321 (Dresden). β. **RG. 63** 179 ff., IW. **06** 383. HansGZ. **06** Beibl. 145 läßt dahingestellt, ob die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte von der dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft anhaftenden Unsittlichkeit überhaupt nicht ergriffen werden können, weil jedenfalls das Erfüllungsgeschäft, sofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz nicht als nichtig behandelt werde (185) (s. u. § 817). Ebenso **RG.** 24. 10. 06, IW. **06** 736.

b) α. **RG.** 2. 7. 06, IW. **06** 331 f., HansGZ. **06** Beibl. 153, SächsRpflA. **06** 324 ff., SeuffA. **61** 436. Die Motive allein, auch wenn sie unsittlicher Art sind, machen das Rechtsgeschäft noch nicht ungültig, vielmehr kommt es zugleich auf die objektiven Umstände an. Rechtsgeschäfte, welche zu dem Unternehmen oder Betriebe eines Bordells in Beziehung stehen (Darlehn zum Zweck der Einrichtung eines Bordellhauses), sind nicht unter allen Umständen nichtig, sondern die Umstände des einzelnen Falles sind zu prüfen. β. WürttJ. **17** 286 (Stuttgart). Gute Sitten sind nicht gleichbedeutend mit den Forderungen der Sittlichkeit i. S. der Moral, sondern mit denjenigen Forderungen, welche aus dem im Rechts- und Geschäftsverkehr als gute Sitte geltenden und tatsächlich als solche regelmäßig Geübten sich ergeben. Vgl. ähnlich OLG. Hamburg, IDR. **3** Ziff. 6 IAb.

c) **RG.** 29. 5. 06, **63** 336/337, IW. **06** 454. Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht ausschließlich Rechtsfrage, zum Teil wenigstens auch Frage der tatsächlichen Würdigung des einzelnen Falles.

d) **RG.** 27. 5. 06, **63** 149, IW. **06** 455. Die Vorschrift des § 1 G. v. 16. 5. 94, daß unter den dort angegebenen Voraussetzungen die empfangenen Leistungen von jedem Teile dem anderen zurückzugewähren sind, kann dann keine Anwendung finden, wenn die Vorschriften der §§ 138 u. 817 Satz 2 der Rückforderung einer solchen Leistung entgegenstehen.

e) **RG.** 15. 5. 06, IW. **06** 455, wie **RG.** IW. **03** Beil. 41 (auch **RG. 56** 231), IDR. **2** Ziff. 6 Ia.

B. Einzelne Fälle. **a)** Bierlieferungsvertrag und Gastwirtswesen. (IDR. **4** Ziff. 9 I B a u. **3** Ziff. 6 B a.) α. **RG.** 15. 6. 06, **63** 390 ff., IW. **06** 456 ff. handelt eingehend über die Voraussetzungen, unter denen ein Bierabnahmevertrag zwischen der Brauerei und einem ein Darlehn aufnehmenden Wirt gegen § 138 verstößt. Vgl. auch **RG.** 11. 5. 06, R. **06** 1075. — Einen sog. Bierlieferungsvertrag hat das LG. Gießen — bestätigt durch das OLG. — auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse als nicht gegen § 138 verstoßend erachtet. HessRspr. **7** 37. β. **RG.** 11. 4. 06, **63** 143 ff., IW. **06** 347. Ein Vertrag, der bezweckt, daß der eine der Kontrahenten, ohne selbst eine polizeiliche Erlaubnis zum Gastwirtsbetriebe zu haben, als scheinbarer Vertreter des anderen dessen Wirtschaftskonzession ausnutzt, verstößt gegen § 138 Abs. 1. γ. BayRpflZ. **06** 259 (LG. München I). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Gast-

wirt sich einen Anteil an den Trinkgeldereinnahmen zusichern läßt. δ. R. **06** 47 (Celle). Ein Vertrag, durch den sich ein Gastwirt gegen Empfang eines Darlehns verpflichtet, bis zur Tilgung der Darlehnsschuld nur bestimmte Biersorten zu führen, ist gültig. ε. BayRpflZ. **06** 253 (BayObLG.). Die Vereinbarung, daß eine Darlehnsschuld des Wirtes an den Brauer durch Zahlung eines Überpreises für das zu beziehende Bier getilgt werden soll, verstößt nicht gegen § 138.

b) Bordellwesen. α. **RG.** 29. 5. 06, **63** 351. Ebenso wie Kauf- und Mietverträge über Bordellgrundstücke, die zum Zwecke des Bordellbetriebs abgeschlossen sind, müssen auch Kauf- und Mietverträge über das Mobiliar eines Bordells, durch die der Bordellbetrieb ermöglicht werden soll, wegen dieses objektiven Inhalts und Vertragszwecks als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden. β. **RG.** 13. 6. 06, **63** 371. Auch ein Bordellbauvertrag verstößt gegen die guten Sitten. γ. **RG.** 28. 2. 06, JW. **06** 227. Veräußerung eines Hauses zu Bordellzwecken verstößt gegen § 138. — OLG. **12** 17 ff. (Bamberg). Wird ein Haus in seiner Eigenschaft als Bordell mit dem dazugehörigen Mobiliar zu übermäßig hohem Preise verkauft, so liegt Verstoß gegen § 138 vor. δ. OLG. **13** 320 (Jena) zunächst wie OLG. 8 424 (JDR. **3** Ziff. 6 I B c) mit dem Hinzufügen, daß ein Hausverkauf zum Bordellbetrieb dann unsittlich sei, wenn der Verkäufer aus der Absicht des Käufers im Hause gewerbsmäßige Unzucht treiben zu wollen, für sich einen besonderen Vorteil ziehen will, wenn er z. B. die Freudenmädchen selbst mit übergibt und ein Freiwerden derselben dadurch verhindert, daß er dem Käufer seine Forderungen gegen sie abtritt. ε. OLG. **12** 19 (Hamburg). Hingabe eines Darlehns zur Zahlung des Kaufpreises für ein Bordell verstößt nur unter besonders gearteten Umständen gegen § 138. ζ. R. **06** 47 (Dresden). Eine sog. Bordellhypothek ist jedenfalls dann nichtig, wenn der Darleiher aus der Beförderung des Kuppeleigewerbes unverhältnismäßige Vorteile für sich herausschlagen will. — Im übrigen vgl. **RG.** o. Ziff. 7 I A a.

c) Arbeits- und Dienstverhältnis. α. GewG. u. KfmG. **11** 347 ff. (GewG. Hamburg). Die Bestimmung einer Arbeitsordnung, daß der zu Stundenlohn versetzte Akkordarbeiter den Anspruch auf den schon erarbeiteten Akkordüberschuß verliert, wenn er vor Vollendung des Akkordes rechtmäßig kündigt, verstößt gegen die guten Sitten, weil dieselbe nach ihrem Wortlaut auch diejenigen Fälle trifft, wo der ausscheidende Arbeiter vorher definitiv aus der Akkordarbeit herausgenommen ist. (JDR. **4** Ziff. 9 I B f.) β. KfmG. **06** 81 (KfmG. Berlin). Einen Handlungsgehilfen in Berlin mit 30 M. Monatsentschädigung abzuspeisen, verstößt gegen die guten Sitten. In einem anderen Falle wurde vom KfmG. Berlin (KfmG. **06** 83) Nichtigkeit eines von dem Inhaber von Konfitürengeschäften mit Filialleiterinnen abgeschlossenen Vertrags angenommen, weil diese für jedes Manko haften sollten bei nur geringem Gehalt. γ. GewG. u. KfmG. **12** 39 (KfmG. München). Die Abrede, daß ein Versicherungsinspektor nur dann das Gehalt für einen bestimmten Monat erhalten soll, wenn er in diesem die unbrauchbaren Abschlüsse des vorigen Monats durch bessere ausgleicht, verstößt gegen § 138, weil sie nicht den Grundsätzen der Gleichberechtigung der Parteien im Dienstvertrage entspricht und eine unbillige Ausnützung der Arbeitskraft eines Vertragsteils darstellt. δ. GewG. u. KfmG. **11** 315 (KfmG. Breslau). Gegen § 138 verstößt eine Bestimmung, daß der Reisende einer Versicherungsgesellschaft im Probemonat ein bestimmtes Pensum von Versicherungsabschlüssen zu erzielen hat und daß sich anderenfalls das Gehalt entsprechend mindert. ε. RheinA. **102** I 45 (Cöln). Pensaverträge unselbständiger Agenten von Versicherungsgesellschaften verstoßen nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. ζ. SeuffBl. **06** 133 (Bamberg). Unsittlich ist ein zwischen dem Geschäftsherrn und einem allgemein provisionsberechtigten Bezirksagenten abge-

schlossener Vertrag, wenn der Geschäftsherr, der als der Verdienstgeber mehr oder weniger die vorherrschende Stellung in dem beiderseitigen Vertrauensverhältnis einnimmt, den Agenten insofern hintergeht, als er die Provisionen für die ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäfte ihm vorenthält.

d) Konkurrenzverbot. Konventionalstrafe. α. DJZ. **06** 600 (KG.). Ein Konkurrenzverbot, das weder durch das berechtigte Interesse des Arbeitgebers erheischt wird, noch mit der unveräußerlichen persönlichen Freiheit des Arbeitnehmers vereinbar ist, ist nichtig. β. OLG. **12** 14 (Celle) erachtet ein Versprechen innerhalb 3 Jahren nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnisse — aus welchem Grunde das auch geschehen möge — am Orte der klägerischen Niederlassung oder in Berlin, weder selbst ein Konkurrenzunternehmen zu gründen noch zu einem solchen in irgendwelches Arbeitsverhältnis zu treten, für gegen § 138 verstoßend. γ. SchlHolstAnz. **06** 66 ff. (Hamburg). Die durch § 138 gegebene Schranke ist bei Vereinbarungen über Wettbewerbsverbote bei der Veräußerung von Geschäften weiter zu ziehen, als es für den Dienstvertrag des Handlungsgehilfen vom Gesetz geschehen ist. δ. OLG. **12** 16, SeuffA. **61** 351, SchlHolstAnz. **06** 324 (Cassel), vom **RG.** 5. 1. 06 bestätigt. Die Vereinbarung einer sich mit jedem folgenden Tage verdoppelnden Konventionalstrafe, die Trillionen erreichen würde, ist nichtig, denn eine Vertragsbestimmung, durch welche sich der eine Kontrahent ganz in die Hand des anderen gibt und eine Verpflichtung auf sich nimmt, die ohne irgendwelches Verschulden seinerseits zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen kann, ohne daß sie einem berechtigten Interesse des Gegners dient, ist unvereinbar mit den heutigen Anschauungen vom sittlich und rechtlich Erlaubten. Auch der Grundgedanke des Abs. 2 trifft zu. ε. SächsRpflA. **06** 245 (Dresden). Ein Vertrag zwischen einem ärztlichen Schutzverbande und einem Arzte, durch den dieser sich einer Vertragsstrafe für den Fall unterwirft, daß er während eines Konflikts des Verbandes mit einer Krankenkasse sich in einem zum Bezirke der letzteren gehörenden Orte niederläßt, verstößt nicht gegen § 138. ζ. Über eine Vertragsstrafe für künftige Beleidigungen handelt RheinA. **103** I 104 (Cöln).

e) Streik, Mißbrauch einer Monopolstellung. α. GewG. u. KfmG. **12** 5 (GewG. Stuttgart). Die Zumutung, Streikarbeit zu machen, verstößt nicht gegen die guten Sitten. β. **RG.** 17. 6. 04, SächsRpflA. **06** 126. Nur der nach den allgemein bestehenden Sittenanschauungen unbillige und ungerechte Gebrauch der Monopolstellung eines Syndikats, nicht schon die Tatsache ihres Bestehens und Gebrauches, stellt einen Verstoß gegen die guten Sitten dar. γ. **RG.** 8. 1. 06, JW. **06** 149, DJZ. **06** 369, SchlHolstAnz. **06** 97 ff., HansGZ. **06** Hauptbl. 162. Wenn die Kanalverwaltung des Kaiser-Wilhelm-Kanals die Benutzung des Kanals von der vertraglichen Übernahme zivilrechtlicher Beschränkungen, insbesondere von einem vertraglichen Verzicht auf in Rechten begründete Ansprüche abhängig machen will, so verstößt dies gegen die guten Sitten. Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, da können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden.

f) Totalisator, Glücksspiel und Wetten. α. OLG. **12** 93 (Hamburg). Bei der bestehenden gesetzlichen Regelung der Totalisatoren verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand einem anderen ein Darlehn gibt, um ihm das Spielen bei derartigen erlaubten öffentlichen Wettrennen zu ermöglichen. β. OLG. **12** 93 (KG.). Ein Glücksspiel an sich ist kein unsittliches Geschäft, auch die Hingabe eines Darlehns zur Fortsetzung der Ermöglichung des Spieles verstößt nicht gegen § 138. Dagegen hat das OLG. Posen 21. 12. 05, PosMschr. **06** 5 mit Rücksicht auf die Art und Weise des Spieles und die besonderen Umstände

des Falles — der Darlehnsgeber spielte selbst weiter mit und rechnete damit, das geliehene Geld dem Darlehnsempfänger wieder abzunehmen — ein Darlehn zu Spielzwecken für nichtig erklärt γ. SächsRpflA. **06** 202 (Dresden). Spiel und Wette sind zwar kraft positiver gesetzlicher Vorschrift für klaglos erklärt, aber nicht an sich unsittlich.

g) α. **RG.** 11. 1. 06, **62** 278. Die Frage, ob ein Vertrag, der darauf ausgeht, daß eine außer der Ehe Geschwängerte vor der Entbindung von einem anderen Manne als dem Schwängerer, der dafür eine Abgeltung in einem Barbetrag erhält, geheiratet wird, gegen die guten Sitten verstößt, beantwortet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. β. Mitgiftversprechen. (JDR. **3** Ziff. 6 B 1 und OLG. Posen Ziff. 2 zu § 1624.) Das von dem Vater einer Tochter deren Ehemann gegenüber erklärte Ausstattungsversprechen wird auch nicht dadurch unsittlich, daß der Vater es gibt, um den Ehemann zur Eingehung der Ehe zu veranlassen und dieser die Eingehung der Ehe aus wirtschaftlichen Gründen von der Abgabe des Versprechens abhängig macht. γ. HansGZ. **06** Beibl. 195 (Hamburg). Alles, was auf Begründung oder Durchführung eines außerehelichen Geschlechtsverhältnisses abzielt, erscheint als ein Verstoß gegen die guten Sitten, mag den Betreffenden selbst für ihre Person das Verhältnis für den Augenblick noch so sublim erscheinen. δ. SchlHolstAnz. **06** 177 (Kiel). Nichtig ist ein Vertrag, der die Abstandnahme von einer Ehescheidungsklage gegen Entgelt und die Fortdauer eines Konkubinats unter Aufrechterhaltung der äußeren Form der Ehe statuiert.

h) α. SächsRpflA. **06** 12 (Dresden). Gegen die guten Sitten verstößt der Bezogene, dessen Akzept gefälscht ist und der dem Wechselgläubiger gegenüber seine Kenntnis von der Unechtheit des Akzepts unterdrückt. β. ThürBl. **53** 101 ff. (Jena). Ein Akzeptaustausch, der unter der offen kundgegebenen Form einer gegenseitigen Wechselbürgschaft auftritt, verstößt nicht gegen § 138, wohl aber dann, wenn es sich darum handelt, daß sich Personen, die sich in Geldverlegenheit befanden, durch Verschleierung der Verhältnisse und unter Täuschung der Geldgeber gegenseitig Kredit verschafften.

i) **RG.** 14. 10. 05, **61** 359 ff. Wenn jemand, dem ein rechtswirksamer Titel nicht zusteht, sich ein Judikat für diesen Anspruch dadurch verschafft, daß er Klage erhebt und sich öffentliche Zustellung bewilligen läßt zu einer Zeit, wo er darauf rechnen konnte, daß der Beklagte von der Klage keine Kenntnis erhalten und sich nicht werde verteidigen können, so liegt hierin und in der Berufung auf die Rechtskraft dieses Urteils ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten. (Näheres u. zu § 826.) (Dernburg, DJZ. **05** 466).

k) BadRpr. **06** 223 (Karlsruhe). Ein Vertrag, wonach der eine Kontrahent die Betreibung der Rechtsangelegenheit des anderen Vertragsteils auf eigene Kosten und ohne Ersatzanspruch gegen letzteren übernimmt, wogegen dieser dem ersteren einen Teil der zu verfolgenden Ansprüche abtritt, verstößt nicht gegen § 138.

l) **RG.** RheinA. **103** II 243 ff. läßt es dahingestellt, ob in einer Forderungsabtretung, die lediglich zu dem Zwecke erfolgt ist, damit der Zessionar den Zedenten im Rechtsstreit als Zeugen auftreten lasse, ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden kann. (Vgl. Kuhlenbeck, SeuffBl. **50** 339 ff.)

m) OLG. **12** 239 (Kassel). Es verstößt wider die guten Sitten, in bewußter Ausnutzung der Geistesschwäche einer Person mit dieser ein sie benachteiligendes, für den Vertragsgegner aber vorteilhaftes Geschäft abzuschließen.

n) BadRpr. **06** 95 (Karlsruhe). Schweigegeld in Form unentgeltlicher Wohnung verstößt gegen die guten Sitten.

o) α. OLG. **12** 16, SeuffA. **61** 177, DJZ. **06** 603 (Braunschweig). Nichtig nach § 138 ein Kaufvertrag über Rübenkerne, die infolge ihres Alters die Keim-

fähigkeit verloren haben, wenn beiden Teilen bekannt ist, daß diese mit keimfähiger Ware vermischt werden sollten, um als zum Rübenbau geeigneter Samen vertrieben zu werden. β. R. **06** 1191 (Frankfurt). Ein Kaufgeschäft über Gegenstände, auf die die Bestimmung des § 40 Nr. 1 PatG. Anwendung findet, verstößt gegen die guten Sitten. γ. BadRpr. **06** 322 ff. (Karlsruhe). Eine dahin gehende Vertragsklausel, daß der Käufer einer Sägemühle und dessen jeweiliger Rechtsnachfolger auf dem verkauften Grundstück beständig eine Sägemühle betreiben und den Gemeindebürgern die Sägearbeiten zu einem fest bestimmten Vorzugspreis liefern müssen, verstößt gegen § 138, weil sie einen nach modernen Anschauungen unzulässigen Eingriff in die Betätigung der persönlichen Erwerbsfreiheit enthält.

p) **RG.** 26. 10. 06, R. **06** 1317. Wenn ein mit der Leitung eines Baues gegen Entgelt betrauter Architekt namens seines Auftraggebers einen für diesen ungünstigen, für den Unternehmer günstigen Vertrag über Lieferung von Materialien für den Bau abschließt, und für den Abschluß des Vertrags von dem Unternehmer eine Zahlung sich für seine Person ausbedingt und erhält, so ist es nicht rechtsirrig, wenn angenommen wird, daß der Auftraggeber berechtigt sei, der Klage auf Erfüllung des Vertrags die Einrede entgegenzusetzen, daß der Vertrag nach § 138 nichtig sei und daß im Falle der wirklich erfolgten Lieferung dem Unternehmer nur ein Bereicherungsanspruch zusteht.

q) Über Begünstigung einzelner Gläubiger beim Privatakkord SeuffA. **61** 268, DJZ. **06** 210 (Braunschweig), wie OLG. Hamburg JDR. **4** Ziff. 9 I B b.

r) **RG.** JDR. **4** Ziff. 9 I B i, jetzt auch GruchotsBeitr. **50** 378 ff.; **RG.** JDR. **4** Ziff. 9 I B p, jetzt auch ZBlFG. **7** 202.

II. Abs. 2. A. Zum Begriffe der Ausbeutung. (JDR. **3** Ziff. 6 II A.) Wie **RG.** **60** 9 (JDR. **4** Ziff. 9 II A a zu § 138), OLG. **12** 239 (KG.), da es an jedem Grunde fehle, dem Worte „Ausbeuten" einen anderen Sinn beizulegen, als er für das Strafrecht angenommen worden sei.

B. Zum Begriffe der Notlage. (JDR. **2** Ziff. 6 II b.) **a)** BayObLG. **6** 606 ff., SeuffA. **61** 129 (BayObLG.). Eine zeitweilige Schwankung in dem Vermögensbestande eines Spekulanten, dessen gewagte Geschäfte bald Gewinn, bald Verlust bringen, ist noch nicht eine Notlage. **b)** SächsRpflA. **06** 13 (Dresden). Notlage erfordert nur eine augenblickliche, zu erheblichen Geldopfern drängende Not. — Leichtsinnig handelt, wer den Folgen seiner Handlungen aus Sorglosigkeit oder aus Mangel genügender Überlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilegt. **c)** **RG.** 8. 5. 06, DJZ. **06** 763, SeuffA. **61** 439. Eine Notlage kann in einem Falle, wo jemandem nur die Mittel fehlen, sich so auszubilden, daß er in eine höhere gesellschaftliche Stellung mit finanziellen Erfolgen gelange, ebensowenig gefunden werden, wie wenn ein Erfinder sich nicht in der Lage sieht, seine Erfindung zur vollen Entwickelung zu bringen oder den Patentschutz zu erlangen.

C. Wucherisches Geschäft. **a)** BayObLG. **6** 606 ff. (BayObLG.). Wenn ein Darlehnsgeber den ihm bekannten Umstand, daß der Darlehnsnehmer des Darlehns zur Befriedigung drängender Gläubiger bedurfte, dazu benutzt hat, sich für die Gewährung des Darlehns die Übernahme einer den Darlehnsnehmer nichts angehenden Schuld auszubedingen, liegt ein wucherisches Geschäft vor und zwar auch dann, wenn der Darlehnsnehmer erwartete, mit Hilfe des Darlehns in Zukunft Gewinne zu erzielen, die das gegenwärtige Vermögensopfer übersteigen. **b)** **RG.** (StrafS.) 26. 2. 06, **38** 365. Auch ein Dienst- oder Gesellschaftsvertrag kann sich unter Umständen als Wuchergeschäft im Sinne des Abs. 2 darstellen. **c)** An der Hand eines Brauereidarlehns führt **RG.** 13. 10. 06, JW. **06** 735 ff. aus, daß die unverhältnismäßig hohe Gegenleistung nicht Nichtigkeit begründe,

wenn nicht zugleich Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit vorliegt.

D. **a)** RG. 11. 5. 06, JW. **06** 420. Abs. 2 dient einesteils zur Erläuterung des Abs. 1, andererseits in gewissen Fällen als naheliegender gesetzlicher Maßstab. **b)** R. **06** 1131 (Frankfurt). Wenn auf Grund eines wegen Wuchers nichtigen Geschäfts Grundeigentum übertragen worden ist, so ist der Veräußerer doch Eigentümer geblieben und hat einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs.

§ 139. 1. RG. 2. 12. 05, JW. **06** 57. Die Bestimmung des § 139 findet auf die Sondervorschrift des § 476 keine Anwendung.

2. RG. 8. 1. 06, ElsLothNotZ. **06** 131, JW. **06** 109 handelt über die Frage der Nichtigkeit des ganzen Vertrags bei erheblichen mündlichen, in den notariellen Vertrag selbst nicht aufgenommenen, aber Bestandteil des Vertrags gebliebenen Abreden.

3. RG. 16. 12. 05, **62** 184 ff. Der § 139 bezieht sich auch auf anfechtbare Rechtsgeschäfte und auf den Fall, daß ein Vertrag nur dem einen von zwei Vertragschließenden gegenüber wegen Täuschung angefochten werden kann, und der andere um die Täuschung weder wußte noch wissen mußte.

§ 140. KGJ. **31** A 112 (KG.). Ein formungültiger Erbvertrag kann im Wege der Konversion als gemeinschaftliches Testament aufrecht erhalten werden. Vgl. auch KG. JDR. **4** Ziff. 1 und JDR. **3**.

§ 141. 1. **a)** SächsRpflA. **06** 226 (Dresden). Jede rechtliche und tatsächliche Verfügung des Anfechtungsberechtigten, die den Willen offenbart, trotz seiner Kenntnis von der Anfechtbarkeit beim Rechtsgeschäft stehen zu bleiben, hat bestätigende Wirkung. **b)** OLG. **13** 27 (Hamburg). Eine Bestätigung durch konkludente Handlungen wird regelmäßig dann vorliegen, wenn die Vertragschließenden nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes die Erfüllung des Vertrags bewirken und annehmen.

2. RG. JW. **06** 709. Ein unsittliches Geschäft kann durch bloße Bestätigung niemals zu einem sittlichen werden. Vgl. jedoch KG. JDR. **3** § 141 b.

§§ 141—144. R. **06** 1435 (Breslau). Die Bestätigung setzt voraus, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft noch nicht durch die Anfechtung zu einem von Anfang an gemäß § 142 als nichtig anzusehenden geworden ist. Nach der gesetzlich begründeten Anfechtung vermag der einseitige Bestätigungswille das Rechtsgeschäft nicht mehr zu beeinflussen, also auch nicht die Anfechtung auszuschließen. Vgl. dagegen Schlottmann, JDR. **2** zu § 144, **3** Ziff. 1 zu § 141, **1** Ziff. 6 zu § 142. — Über die Unwiderruflichkeit der Anfechtungserklärung ebenso Rhein. A. **103** I 153 (Cöln); mithin bedarf die Bestätigung eines angefochtenen Rechtsgeschäfts, das der Form des § 313 unterliegt, ebenfalls dieser Form.

§ 142. I. Übertragbarkeit des Anfechtungsrechts. *Fontheim, Anfechtungsrecht 61 ff. 1. Das Anfechtungsrecht kann niemals selbständig (für sich allein) übergehen. 2. Der Übergang des Anfechtungsrechts richtet sich a) nach dem Übergang des Rechtsverhältnisses bzw. seiner Bestandteile, zu dem es gehört; b) nach den Wirkungen, die es im Ausübungsfall auf die getroffene Rechtsbeziehung ausübt. — Erfolgt ein Eintritt in das gesamte Rechtsverhältnis, so ist der Rechtsnachfolger auch der Berechtigte für das Anfechtungsrecht, das mit dem Rechtsverhältnis verknüpft ist. — Tritt der Rechtsnachfolger in einzelne Bestandteile des Rechtsverhältnisses ein, so ist der Nachfolger nur dann der Berechtigte, wenn durch die Ausübung des Anfechtungsrechts nicht in Rechte Dritter, über die er keine Gestaltungsmacht hat, eingegriffen wird (83).

II. RG. 1. 5. 06, JW. **06** 379, DJZ. **06** 823. Die dem Zedenten gegenüber mit Recht erfolgte Anfechtung wirkt absolut und dinglich, also auch dem

Zessionar gegenüber und zwar auch dann, wenn sie nach der Abtretung erklärt ist (dort Literaturnachweise). Die Frage, ob die Anfechtung auch dem Zessionar gegenüber erfolgen kann, läßt RG. unter Hinweis auf die verschiedenen in der Literatur vertretenen Ansichten dahingestellt.

§ 143. I. 1. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 95, 98. Sind an einem anfechtbaren Geschäfte mehrere beteiligt, so kann von und gegenüber jedem, in dessen Person Anfechtungstatsachen vorliegen, ohne Rücksicht auf die Mitbeteiligten angefochten werden, und zwar selbst dann, wenn die Beteiligten in einem Rechtsverhältnisse zur gesamten Hand stehen. Vgl. auch **RG. 56** 423, JDR. **3** Ziff. 3, JW. **06** 83 und Schlottmann, JDR. **2** Ziff. 1. JDR. **1** Ziff. 3.

2. Oertmann, SeuffBl. **06** 281 ff., wendet sich gegen die dem Abs. 4 von verschiedenen Seiten zuteil gewordene Auslegung, daß das anzufechtende Geschäft bereits alle Tatbestandsmomente für den Erwerb erfüllen müsse, um ihn als einen unmittelbar daraus erlangten erscheinen zu lassen. Er verwirft auch die Ansicht, daß die noch fehlenden Momente keinen rechtsgeschäftlichen Charakter aufweisen dürfen (282). Er legt die Bestimmung weiter aus und hält für unmittelbaren Erwerb nicht nur den Erwerb, den man ohne ein hinzukommendes neues Rechtsgeschäft überhaupt, sondern auch den, den man ohne ein vermittelndes Rechtsgeschäft mit einem Dritten infolge eines Geschäfts macht. Unmittelbarer Erwerb sei Ersterwerb im Gegensatz zum Zweit- oder Nacherwerb (285).

II. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 103, GruchotsBeitr. **50** 908 ff. Die Anfechtungserklärung muß bestimmt und unzweideutig sein. Eine solche Erklärung kann nicht in einem Schreiben gefunden werden, das die Entschließung des Anfechtenden von einer vorhergehenden Stellungnahme des Anfechtungsgegners abhängig macht. (JDR. **1** Ziff. 1.)

2. Anfechtung im Prozeß. (JDR. **4** zu § 143, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2.) **RG.** 22. 6. 06, **63** 411 ff. Die materielle Wirksamkeit der in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegebenen Anfechtungserklärung ist davon unabhängig, wann diese Erklärung prozessual wirksam wird, ihre zivilrechtliche Wirkung wird von dem weiteren Schicksal des Prozesses überhaupt nicht berührt. Die in einem Schriftsatz erklärte Anfechtung wirkt mithin grundsätzlich für und gegen die Parteien auch außerhalb des Rechtsstreits (413).

Dritter Titel. Vertrag.

§ 146. R. **06** 680 (Stettin). Eine Depesche, die eine Offerte mit dem Zusatz „Brief folgt" annimmt, ist keineswegs notwendig oder auch nur regelmäßig als definitive Annahme zu verstehen.

§ 150. Abs. 2. BayRpflZ. **06** 325 (Bamberg). Wenn einem Antragsteller zu gleicher Zeit zwei auf die Annahme sich beziehende schriftliche Erklärungen zugegangen sind, so können solche nicht auseinandergerissen werden, sondern der Inhalt beider Schriftstücke gilt als gemeinschaftliche Annahmeerklärung. Richtige Auslegung eines Antrags enthält keine Änderung.

§ 151. 1. HessRspr. **6** 164 (LG. Gießen). Auch im Falle des § 151 genügt nicht einfaches Stillschweigen, vielmehr ist eine Handlung des Antragsempfängers erforderlich, welche nach der Auffassung des Lebens auf den Willen, den Antrag anzunehmen, schließen läßt. Ähnlich OLG. Karlsruhe, JDR. **4** Ziff. 1.

2. OLG. **13** 390 ff. (Braunschweig) über die Bedeutung des Stillschweigens im Loshandel. — Im allgemeinen genügt das stillschweigende Behalten eines unbestellten Loses nicht zum Vertragsschlusse (392).

§ 152. S. oben zu § 128.

§ 154. 1. Abs. 1. **a)** R. **06** 746 (BayObLG.). Parteien im Sinne des § 154 sind bei einem Kaufvertrag der Käufer und der Verkäufer, nicht auch ein Dritter, der in der über den Kaufvertrag aufgenommenen Urkunde noch besondere Vereinbarungen mit dem Käufer hinsichtlich der Übernahme einer auf dem Kaufgegenstande ruhenden Hypothekenforderung getroffen hat, wenn er auch als Beteiligter im Sinne der §§ 168 ff. FGG. erscheint. **b)** OLG. **13** 326, PuceltsZ. **06** 328 ff. (Colmar). Dadurch, daß bei den Verhandlungen über die Miete einer Wirtschaft auf das telegraphische, den Gegenstand und Preis der Miete, deren Beginn und den Bierpreis betreffende Anerbieten der vermietenden Brauerei der Gegner telegraphisch antwortet: „Einverstanden, Brief folgt" wird nicht ausgeschlossen, daß er das endgültige Zustandekommen des Mietvertrags von dem Inhalte seines angekündigten Briefes abhängig machen wollte, durch das Antworttelegramm für sich allein also der Vertrag noch nicht geschlossen ist.

2. Abs. 2. **RG.** 18. 11. 05, JW. **06** 11. Die Vermutung des Abs. 2 greift dann nicht Platz, wenn die Parteien erst nach dem Zustandegekommensein einer Willenseinigung die, an und für sich betrachtet, nach den §§ 145 bis 151, § 154 Abs. 1 einen fertigen Vertrag darstellt, dessen Beurkundung verabreden. Vgl. auch HessRspr. **7** 116 (LG. Darmstadt). Ähnlich auch OLG. Stuttgart, JDR. **4** Ziff. 1 u. OLG. Braunschweig, JDR. **2** Ziff. 2c.

3. Vgl. u. Ziff. 2 zu §§ 164 ff.

§ 157. Literatur: Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2). Jena 1906.

I. 1. Entwickelung der Verkehrssitte. *Danz 95 ff.; in den §§ 157, 242 BGB. sanktioniert das BGB. die Anwendung von Gewohnheitsrechtssätzen 101 ff.; Auslegung nach der Verkehrssitte 105 ff. Kenntnis der Verkehrssitte ist zu ihrer Anwendung nicht nötig 110. Die aus den §§ 157, 242 BGB. gewonnenen Rechtssätze gehen den ergänzenden, dispositiven Gesetzesvorschriften vor 111 ff. Treu und Glauben, die Auslegung hiernach ist regelmäßig die Auslegung nach dem Verkehrsüblichen 121 ff. Die Auslegung nach dem Verkehrsüblichen kommt wegen des Prinzips von Treu und Glauben nicht in Anwendung bei Kenntnis des einen Teiles von der Bedeutung, welche der andere Teil ihr beilegte 126, und bei zweifelhaften Erklärungen 128 ff. (bei gegenseitigen Verträgen zuungunsten dessen, der den Ausdruck gebraucht hat 130, auf das minus 131). Prinzip von Treu und Glauben kommt bei Formalverträgen insofern nicht zur Anwendung, wenn sich jemand um deswillen darauf stützen will, weil eine Form nicht eingehalten sei 132. Örtlicher Sprachgebrauch 178. Handelsusance 74 ff., 182.

2. Francke, SeuffBl. **06** 367. Wenn in Verträgen oder einseitigen Verfügungen auf die Gesetze als Erläuterungen oder Ergänzungen des Vertrags oder der einseitigen Verfügung Bezug genommen wird, ohne daß der Inhalt der bezüglichen Gesetzesvorschriften bezeichnet oder vielleicht auch nur angedeutet wurde, so sind im Zweifel darunter die Gesetze zu verstehen, die bestehen zu der Zeit, wo die Verfügung wirksam wird.

3. *Staffel, JheringsJ. **50** 301 ff. Mit den allgemeinen Rechtsbegriffen von Treu und Glauben, der Kausa usw. verweist der Gesetzgeber, wie Stammler in der „Lehre vom richtigen Recht" gezeigt hat, auf das Ziel der Rechtsordnung überhaupt. Das oberste Prinzip des Rechtes läßt sich aber mit Hilfe der von Stammler gelehrten Methode nicht ergründen.

II. Aus der Praxis. 1. Bedeutung des Stillschweigens. **a)** HoldheimsMSchr. **06** 77 (KG.) Im Handelsverkehr muß das Stillschweigen auf ein im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erheischendes

Schreiben als Zustimmung auch dann gedeutet werden, wenn der Empfänger des Schreibens zwar keine Kenntnis davon genommen hat, wenn die Nichtkenntnis aber auf ein Verhalten des Empfängers zurückzuführen ist, das mit den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen im Widerspruch steht und das nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht geeignet ist, die aus dem Stillschweigen sich ergebenden Rechtsfolgen auszuschließen. **b)** **RG.** I 20. 12. 05, HoldheimsMSchr. **06** 76. Wo das Schweigen des einen Teiles geeignet ist, die Entschließung des anderen Teiles zu beeinträchtigen, ist der erstere nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr verpflichtet, den letzteren nicht im Ungewissen über seine nähere Willensmeinung zu lassen. Wenn hierüber Zweifel obwalten, ist das Schweigen gegen den Schweigenden auszulegen.

2. **a)** **RG.** II 9. 1. 06, **62** 267, HoldheimsMSchr. **06** 76 über die Zulässigkeit des Rücktritts wegen veränderter Umstände wie **RG. 60** 56 ff., IDR. **3** Ziff. II 2 a. — Über den Rücktritt von einem Moratorium wegen veränderter Umstände SächsRpflA. **06** 345 (Dresden). **b)** HansGZ. **06** Hptbl. 181 ff. (Hamburg). Es würde wider Treu und Glauben verstoßen, wollte man den Versicherten an einem Vertrage festhalten, den er mit der Versicherungsgesellschaft in ihrer gegenwärtigen Lage niemals geschlossen haben würde.

3. R. **06** 438 (Breslau). Die Übertragung des Alleinverkaufs ohne Festsetzung der Zeit enthält nicht eine unbegrenzte Verpflichtung des Verkäufers, sondern sie bedeutet nur die Enthaltung des Verkäufers, an Dritte des Ortes oder Bezirks eine Ware in der Zeit zu liefern, die der Käufer benötigt, um die vom Verkäufer ihm tatsächlich gelieferte Ware abzusetzen. Vgl. IDR. **4** Ziff. II 4.

4. **RG.** 22. 1. 06. R. **06** 370. Eine in einer bestimmten Beziehung offensichtlich unbestimmt und unvollständig gehaltene Erklärung muß nicht notwendig nur im Sinne des an einer bestimmten Deutung Interessierten bloß dieses Interesses halber ausgelegt werden.

5. **RG.** 6. 3. 06, IW. **06** 299 ff., GruchotsBeitr. **50** 919, PuceltsZ. **06** 372. So wenig der Richter nach § 133 an dem buchstäblichen Sinne einer Willenserklärung haften darf, ebensowenig darf die Berücksichtigung von Treu und Glauben zu der Korrektur einer in gesetzlichen Grenzen getroffenen Vereinbarung führen. Vielmehr muß sie ihre notwendige Begrenzung finden an der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem obersten Grundsatze des Vertragsrechts: Pacta sunt servanda. Hierbei dürfen nicht einseitig bloß die Interessen des einen Vertragsteils berücksichtigt werden, sondern die Rechte und Interessen beider Vertragsteile haben gleichmäßig Anspruch auf Beachtung.

6. SächsRpflA. **06** 225 (Dresden). Das Versprechen, für die Güte einer an Zahlungs Statt abgetretenen Hypothek einzustehen, ist, wenn darin auch nicht die Zusicherung einer Eigenschaft der Hypothek liegt, nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen verbindlich.

7. R. **06** 1132 (Dresden). Wer einem Dritten gegenüber eine Erklärung unter Umständen abgibt, die einen Zweifel an ihrer Ernstlichkeit nicht begründen, muß diese Erklärung, auch wenn sie inhaltlich unwahr ist, so gegen sich gelten lassen, wie sie von dem Dritten verstanden werden mußte.

8. R. **06** 1254 (Breslau). Durch eine Verkehrssitte können gesetzliche Obliegenheiten wie die Gewährleistungspflicht weder ergänzt noch abgeändert werden, da ihr ausschließlich die Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben untersteht, Treu und Glauben aber für derartige Abänderungen eine Willenseinigung fordert, die durch eine Auslegung nicht in den Vertrag hineingebracht werden darf.

9. **RG. 63** 297. Für den Regelfall gebieten bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Bierabnahmevertrage Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß ein Wirt nicht wegen jeder, selbst unerheblichen, Lieferung vertragswidrigen Bieres sofort und ohne vorherige Beanstandung vom ganzen Vertrage zurücktreten, sondern hierzu erst dann übergehen darf, wenn trotz Beschwerde die Bierlieferung von nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit in einer Weise fortgesetzt wird, daß er an der weiteren Lieferung in solcher Art kein Interesse hat, und die Fortsetzung des Vertrags bei loyaler Auslegung und Erfüllung nach den Umständen des Falles billigerweise ihm nicht zugemutet werden kann.

10. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 918. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn jemand eine vereinzelte kurze Verzögerung der Zahlung als Grund benutzen wollte, um mitten im friedlichen Geschäftsverkehr plötzlich die Geschäftsverbindung abzubrechen.

11. BayRpflZ. **06** 167 (Augsburg). Exceptio doli generalis aus den §§ 157, 242 zu folgern. (**RG.** JW. **04** 89, 555.)

12. **RG.** 13. 6. 06, JW. **06** 457. Ob Treu und Glauben beim Vertragsabschlusse verletzt seien, ist eine Rechtsfrage.

13. HansGZ. **07** Beibl. 12 (Hamburg). Es würde mit den Grundsätzen der Vertragstreue und Billigkeit nicht im Einklang stehen, wenn der Versicherer gegenüber der Klage aus dem Versicherungsvertrage mit dem Einwande der Versäumung einer für die Klagerhebung bestimmten Frist auch dann durchdringen könnte, wenn der Versicherte an ihrer Innehaltung ohne sein Verschulden gehindert wurde.

14. ElsLothJZ. **06** 134 (Colmar) bereits JDR. **4** Ziff. II 5. — **RG.** Hans. GZ. **06** Beibl. 71 = JDR. **4** § 157 Ziff. II 1. — **RG.** JDR. **4** Ziff. 3, jetzt auch HoldheimsMSchr. **06** 68 ff.

15. Vgl. auch u. Ziff. 1 zu § 167.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

§§ 158 ff. I. *Dennler, SeuffBl. **06** 316. Die nach bayerischem Gebührenrecht für die rechtsgeschäftliche Übertragung von Grundstückseigentum anfallende sog. Besitzveränderungsgebühr ist eine Immobiliarverkehrssteuer; sie wird nicht geschuldet, wenn ein Grundstücksverkehr durch das Rechtsgeschäft gar nicht eintritt, wie insbesondere bei ungültigen Rechtsgeschäften oder bei bedingten Rechtsgeschäften, wenn der Eintritt der Bedingung nicht statthat.

II. SeuffBl. **06** 610 (Stuttgart). Bei einem bedingten Vertrag hat während der Schwebezeit keine Partei das Recht, ohne Grund von dem Vertrag zurückzutreten.

§ 158. I. *Siber, KrVSchr. **46** 533 ff., JheringsJ. **50** 104 f., 176 f., 210. Während des Schwebens der Bedingung besteht eine indirekte Verpflichtung zur Unterlassung eines den Erfolg des Rechtsgeschäfts gefährdenden Verhaltens mit dem Erfolge einer Sicherung des bedingt Berechtigten.

II. **a**) **RG.** 11. 5. 06, R. **06** 1076. Durch die Vertragsklausel, daß die Bierbezugspflicht nur für den Fall bestehen solle, daß erstklassiges Bier zu den üblichen Preisen geliefert werde, ist die Bierbezugspflicht weder von einer aufschiebenden noch von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht. **b**) Hans. GZ. **06** Beibl. 283 (Hamburg). Wird bei Vertragsverhandlungen eine gewisse Zeit oder Art der Leistung des Gegenkontrahenten „zur Bedingung gemacht", so handelt es sich im Zweifel nur um „Ausbedingung" einer besonderen Verpflichtung, um eine den Inhalt „der Verpflichtung des anderen bestimmende Vertragsbedingung",

keineswegs aber um die Suspendierung der Wirksamkeit des Vertrags oder auch nur der eigenen Verpflichtung bis zur Erfüllung der „bedungenen" Gegenverpflichtung.

§ 162. OLG. **12** 240 (Königsberg). Für die Anwendbarkeit des § 162 ist immer ein Eingreifen erforderlich, ein bloßes Unterlassen von Bemühungen genügt regelmäßig mindestens dann nicht, wenn eine besondere Rechtspflicht zur Vornahme von Bemühungen nicht besteht. Fahrlässiges, selbst grobfahrlässiges Handeln reicht zur Erfüllung des Tatbestandes des § 162 nicht aus. Endlich muß der Nichteintritt der Bedingung mit dem den Eintritt hindernden Eingriff in Kausalzusammenhang stehen.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist vor allem auf die beiden hervorragenden Aufsätze von v. Seeler und Riezler hinzuweisen. Der Erörterung der wichtigen Fragen, die entstehen, wenn Vertreter und Vertretener in derselben Angelegenheit in ihrem Handeln kollidieren, war am Kopfe der Lehre von der Stellvertretung ein etwas größerer Raum zu gewähren. Von v. Seeler sind insbesondere Bemerkungen zu den §§ 168 u. 171 aufgenommen worden. — Für die Praxis wichtigere Entscheidungen finden sich im Wesentlichen nur unter Ziff. 1 zu § 167 und über den falsus procurator zu § 179.

Literatur: Kraus, Minderjährige als Bevollmächtigte, BayRpflZ. **06** 61. — Müller, Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, DJZ. **06** 164 bis 167. — Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, JheringsJ. **50** 323—372. — Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcivPr. **98** 372—419. — v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, ABürgR. 28 1—52.

§§ 164 ff. I. 1. *Riezler, AcivPr. **98** 372 ff. Die Möglichkeit, daß Vertreter und Vertretener in derselben Angelegenheit in ihrem Handeln kollidieren, besteht in folgenden Fällen: A. Bei gesetzlicher Vertretungsmacht: a) Wenn der gesetzliche Vertreter eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten diesem zu einem einwilligungsbedürftigen Geschäfte die Einwilligung erteilt hat; der gesetzliche Vertreter kann trotzdem auch selbst für den Vertretenen handeln; b) Gemäß § 115 BGB., wenn ein Entmündigungsbeschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird und infolgedessen sowohl die von und gegenüber dem Entmündigten selbst vorgenommenen Rechtsgeschäfte als auch die von und gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte als wirksam angesehen werden; c) in den analogen Fällen der §§ 61 und 32 FGG.; d) im Bereiche der Schlüsselgewalt der Ehefrau (BGB. § 1357); e) bei der Pflegschaft für Gebrechliche (§ 1910), für Abwesende (§ 1911), für unbekannte Beteiligte (§ 1913) und bei der Nachlaßpflegschaft (§ 1960 Abs. 2); f) wenn gemäß § 1189 BGB. für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem durch Indossament übertragbaren Papier eine Sicherungshypothek bestellt und für den jeweiligen Gläubiger ein sog. Pfandhalter aufgestellt ist (analog im Falle des § 1270); g) wenn nach dem G., betr. die gem. Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12. 99 zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger ein gemeinsamer Vertreter für diese bestellt ist und die Befugnis der einzelnen Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte nicht ausgeschlossen ist. B. Bei der Vollmacht. Insbesondere, wenn eine Generalvollmacht erteilt ist, besteht Kollisionsgefahr. C. Auch zwischen mehreren Vertretern desselben Vertretenen ist ein kollidierendes Handeln möglich. Das kann bei der Vollmacht vorkommen, da es zulässig ist, daß jemand in derselben Angelegenheit mehreren, jedem für sich, Vollmacht erteilt; aber auch bei gesetzlicher Vertretungsmacht im Falle des § 1883, ferner in den Fällen der §§ 1189, 1270 im Zusammenhalt mit § 1 SchuldverschrG. v. 4. 12. 99.

Lösung der Kollision. Die von Rehbein für den Kollisionsfall des § 115 aufgestellte Regel, wonach die vom Vertreter abgeleiteten Rechte den Vorzug haben sollen, ist weder für diesen noch für andere Fälle anzuerkennen; grundsätzlich ist die Vertreterhandlung gleichwertiges Surrogat der Eigenhandlung. — Bei nicht gleichzeitigem Handeln des Vertreters und des Vertretenen ist zu sagen: Handelt es sich um konkurrierende oder kollidierende „Verfügungen" im technischen Sinne, so gilt das Prinzip der Konsumtion durch die frühere Verfügung, d. h. die später getroffene Verfügung ist rechtlich unmöglich und darum wirkungslos, weil sie von demselben bzw. fiktiv demselben Rechtssubjekt in gleicher Weise früher schon vollzogen ist. Für die Begründung von Schuldverhältnissen durch Vertrag läßt sich die Regel aufstellen: Handelt es sich bei dem doppelten Geschäftsschluß durch Vertreter und Vertretenen um ein Geschäft, das von der einen Partei nur als eines gewollt ist und nach der juristischen Gestaltung eines sein kann, so gilt der Grundsatz der Konsumtion durch die erstmalige Vornahme dann, wenn die Gegenpartei von der Sachlage Kenntnis hat. Hat sie aber keine Kenntnis, so trifft das Risiko des doppelten Geschäftsschlusses denjenigen, für den doppelt gehandelt ist. Er muß das Geschäft dann doppelt bzw. in der lästigeren Form gegen sich gelten lassen. Besteht infolge des Doppelhandelns des Vertreters und des Vertretenen für letzteren in Ansehung desselben Gegenstandes eine Leistungspflicht gegenüber verschiedenen Personen, so entscheidet unter den mehreren obligatorisch Berechtigten (Käufern, Mietern, Entleihern, Beschenkten) nicht die Priorität des Geschäftsschlusses, sondern die Prävention in der Erlangung der Leistung. De lege ferenda müßte, wenn Ansprüche aus entgeltlichen Verträgen mit solchen aus unentgeltlichen Verträgen kollidieren (so der Anspruch aus der Miete mit dem aus der Leihe), richtiger das Recht, für welches ein Entgelt geleistet wird, vorgehen. Handeln Vertreter und Vertretener gleichzeitig und sind beide Willenserklärungen inhaltlich identisch, so liegt rechtlich nur eine Willenserklärung vor; daß sie auf doppeltem Wege geschieht, ist bedeutungslos. Widersprechen sich die gleichzeitig in derselben Angelegenheit abgegebenen Willenserklärungen, so ist, wenn es sich um gleichzeitig vorgenommene Verfügungen handelt, Nichtigkeit wegen Perplexität anzunehmen. Handelt es sich um gleichzeitige Verpflichtungen verschiedenen Personen gegenüber, so entscheidet die Prävention in der Erlangung der Leistung. Handelt es sich um gleichzeitige sich widersprechende Verpflichtungen derselben Person gegenüber, so ist nicht ohne weiteres Nichtigkeit wegen des Widerspruchs anzunehmen, sondern für die Entscheidung in erster Linie davon auszugehen, daß nach dem Grundsatze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr das Vertrauen in eine abgegebene Erklärung nicht durch den Erklärenden selbst zerstört werden darf, und daß die Gefahr des Doppelhandelns derjenige zu tragen hat, in dessen Verhältnissen die Möglichkeit des Doppelhandelns beruht.

2. Anknüpfend an die Grundsätze Müller-Erzbachs über die mittelbare Stellvertretung (IDR. **4** Ziff. 1) legt RGR. Müller, DIZ. **06** 164 ff., dar, daß bereits das positive Recht eine Reihe von Mitteln biete, um die Härten der bisher herrschenden Lehre zu beseitigen, die der Tatsache, daß der mittelbare Stellvertreter im fremden Interesse handelt, jede rechtliche Bedeutung im Verhältnisse zum Vertragsgegner abspricht.

3. *Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 46, 171, 223, über Auslegung von Vollmachten, stillschweigende Vollmacht, Vollmacht durch Anstellung, Abschluß durch Vertreter und zur Annahme von Offerten Beauftragter. (Versicherungsagenten rc. 175.)

4. *Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter,

IheringsJ. **50** 326 ff., 353. Im allgemeinen sind die Vertretungsgrundsätze der §§ 164 ff. auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter analog anzuwenden, es ist jedoch stets zu prüfen, ob nicht die besonderen Vorschriften des Sachenrechts in dieser oder jener Beziehung eine Ausnahme fordern.

II. **RG.** SeuffA. **61** 385. Ein der Vollmacht nicht entsprechend abgeschlossener Vertrag wird durch die nachträgliche Erklärung des anderen Teiles, den Vertrag der Vollmacht entsprechend gelten zu lassen, nicht rechtsverbindlich.

§ 164. 1. R. **06** 240 (Breslau). Ergeben auch nur die Umstände, daß eine Erklärung im Namen eines anderen erfolgt, so kann der Erklärende sich nicht darauf berufen, daß er sie im eigenen Namen abgeben wollte und daß er übersehen habe, diesen Willen erkennbar zu machen.

2. SächsRpflA. **06** 183 (Dresden). Besteht bei einem Vertragsschluß auf der einen Seite der Wille, zugleich im Namen der Miteigentümerin zu handeln und auf der anderen Seite die Absicht, mit dem zu kontrahieren, dem das Nachbargrundstück gehört, so ist der Vertrag zugleich mit der Wirkung für und gegen die Miteigentümerin zustande gekommen.

3. R. **06** 798 (Posen). Der mittelbare Vertreter wird durch die in eigenem Namen abgeschlossenen Verträge allein berechtigt und verpflichtet (vgl. **RG.** IDR. **4** Ziff. 4), insbesondere trifft das auch auf den zu, der in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Dritten Versicherungsverträge abschließt.

4. **a**) **RG.** IW. **06** 380 ff. über die unterlassene Erklärung eines Beamten, daß er für einen anderen, als seine vorgesetzte Dienstbehörde handele. **b**) KGI. **32** A 187 ff. (KG.). Eine juristische Person kann durch ihren Vorstand einem anderen Generalvollmacht zur Wahrnehmung aller Rechtsangelegenheiten erteilen. Auch einem Mitglied des mehrgliedrigen Vorstands kann von den übrigen Vorstandsmitgliedern eine solche Generalvollmacht erteilt werden.

5. Vgl. o. Ziff. II 5 zu § 133.

§ 165. Kraus, BayRpflZ. **06** 61. Da die Handlungen eines über sieben Jahre alten Minderjährigen, welche er innerhalb der ihm nach § 164 BGB. von einem Dritten eingeräumten Vertretungsmacht im Namen seines Vollmachtgebers vornimmt, rechtsgültig sind und weder das FGG. noch die GBO. besondere Vorschriften über die Vollmacht enthalten, so kann auch in Grundbuchsachen und Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit der Richter die Vollmacht nur nach den Bestimmungen des BGB. prüfen. Die Minderjährigkeit des Bevollmächtigten kann dann von Bedeutung sein, wenn die Vollmacht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen ist, welches der Minderjährige nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abschließen kann. Ist das Rechtsgeschäft wegen mangelnder Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ungültig, so ist es auch die Vollmacht. Diese Ungültigkeit muß auch der Dritte gegen sich gelten lassen, wenn er die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, auf welchem die Vollmacht beruht, kennt oder kennen muß.

§ 167. 1. Abs. 1. **RG.** BadRpr. **06** 73. Derjenige, der eine Überschreitung der von ihm erteilten Vollmacht durch den Bevollmächtigten wissentlich fortgesetzt duldet und sich damit so verhält, als wenn er die weitere Vollmacht erteilt hätte, erteilt diese hierdurch stillschweigend, verletzt mindestens aber Treu und Glauben, wenn er sich darauf beruft, daß er eine weitere Vollmacht nicht erteilt habe.

2. Abs. 2. **RG.** 29. 1. 06, **62** 335 ff. Die Vollmacht ist, auch wenn sie auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundeigentum gerichtet ist, an keine Form gebunden. Eine abweichende Ansicht ist aus **RG. 50** 163 ff., IDR. **1** Ziff. 3, nicht zu entnehmen. Vgl. auch OLG. **13** 392 (Braunschweig) und **RG.** IDR. **2** Ziff. 3 a. E.

3. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 61 Anm. 48. Die Bevollmächtigung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 u. 2 zu § 167 und **1** zu §§ 167—176.

§ 168. I. v. Seeler, ABürgR. **28** 33. Aus § 168 ist nicht zu deduzieren, die Vollmacht erlösche durch Widerruf, die Vollmacht erlischt vielmehr durch Vertrag, es sei denn, daß das durch den Geschäftsführungsvertrag begründete Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung aufgehoben werden kann, wie das z. B. beim Auftrag der Fall ist. — Über die Frage, ob mit dem Erlöschen der Vollmacht auch das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung erlischt, aaO. 26 ff.

II. 1. OLG. **12** 279 (Naumburg). Die Wirksamkeit des Widerrufs einer Vollmacht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie nach dem Wortlaut der darüber ausgestellten Urkunde bis zu einem bestimmten Zeitpunkte unwiderruflich sein soll. Denn die Widerruflichkeit kann vertraglich mit Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Vollmacht lediglich im Interesse des Bevollmächtigten und nicht des Vollmachtgebers erteilt ist.

2. KGJ. **32** A 197 ff. (KG.). Es ist auf Grund der §§ 168, 672 zulässig, daß der Vollmachtgeber die Geltung der Vollmacht über den Tod hinaus in ihr selbst bestimmt. Mithin befähigt eine vom Vollmachtgeber für sich und seine Erben ausgestellte Vollmacht den Bevollmächtigten, nach dem Tode des Vollmachtgebers im Namen der Erben desselben zu handeln, ohne daß er nachzuweisen brauche, wie das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod nicht erloschen sei.

§§ 170—173. I. v. Seeler, ABürgR. **28** 37 ff. In den §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 und 173 handelt es sich — wenn man nicht annehmen will, daß sie etwas Sinnloses enthalten — um Fälle einer Scheinvollmacht. Es ergeben sich folgende zwei Sätze aus den §§ 170—173: Eine erloschene Vollmacht gilt unter Umständen allen oder bestimmten Dritten gegenüber als fortbestehend, wofern diese nicht das Erlöschen kennen oder kennen müssen. Eine Person, der Vertretungsmacht nicht zusteht, gilt unter Umständen allen oder bestimmten Dritten gegenüber als bevollmächtigt, wofern diese nicht das Fehlen der Vertretungsmacht kennen oder kennen müssen.

II. OLG. **12** 162, RJA. **7** 57 (KG.). Die Bestimmungen über das Bestehenbleiben der Vertretungsmacht bei nicht erfolgter Rückgabe der Vollmachtsurkunde finden gegenüber dem Grundbuchrichter keine Anwendung, weil dieser mit den Beteiligten nicht in rechtsgeschäftlichem Verkehr steht, vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen des Grundbuchrechts pflichtgemäß zu prüfen hat, ob die Vollmachtsurkunde als geeignete Grundlage für die Eintragung anzusehen ist. Vgl. u. § 172 Ziff. II.

§ 171. I. 1. Besondere Mitteilung. (JDR. **1** Ziff. 2.) v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, ABürgR. **28** 51. Die besondere Mitteilung kann auch durch konkludente Handlungen und unter Umständen auch durch Stillschweigen erfolgen. — Nach der ratio legis kann das Gesetz nur eine solche Art der Mitteilung gemeint haben, durch welche dem Dritten eine gewisse Gewähr geboten wird, die Mitteilung sei in Wahrheit, und zwar genau in dieser Form, vom Vertretenen ausgegangen. Mündliche Übermittelung durch einen anderen ist daher nicht ausreichend, vielmehr ist schriftliche Mitteilung erforderlich, direkt mündliche Mitteilung von Person zu Person oder Abschluß eines Bevollmächtigungsvertrags in Gegenwart eines Dritten.

2. v. Seeler, ABürgR. **28** 39. Die Wortfassung des § 171 ist mißglückt. § 171 ist richtig dahin zu verstehen, „daß er einen anderen bevollmächtige oder bevollmächtigt habe.“ Hiermit würde auch der ganze § 170 entbehrlich.

II. SeuffA. **61** 305 (Hamm). Bei dem sog. Kastellanvertrag ist es Tatfrage, ob eine Aufschrift auf dem Schilde der Schankwirtschaft, welches an erster Stelle den Namen des Konzessionsinhabers, an zweiter Stelle den Namen des Kastellans als „Geschäftsführer" nennt, als eine öffentliche Bekanntmachung im Sinne des § 171 anzusehen ist, durch welche jeder gutgläubige Dritte ermächtigt wird, mit dem Geschäftsführer als Vertreter des Konzessionsinhabers zu kontrahieren.

§ 172. I. 1. Josef, GruchotsBeitr. **50** 640 ff. Ist eine Vollmacht zu notariellem (gerichtlichem) Protokoll erklärt, so ist die Vollmachtsurkunde vom Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten mit der Wirkung des § 172 nicht bloß dann ausgehändigt, wenn der Notar nach Anweisung des Vollmachtgebers eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift für den Bevollmächtigten herstellt und sie diesem übergeben hat, sondern auch schon dann, wenn der Vollmachtgeber die für ihn selbst hergestellte Urkunde dem Bevollmächtigten übergeben hat (642). Vgl. auch Jastrow, JDR. **1** Ziff. 1.

2. v. Seeler, ABürgR. **28** 40 ff. Der Dritte, der sich auf § 172 beruft, braucht nicht die Aushändigung, vielmehr nur beweisen, daß eine vom Vertretenen ausgestellte Urkunde ihm vorgelegt sei. Gegenüber dem gutgläubigen Dritten ist auch nicht der Einwand des Vertretenen zuzulassen, er habe die Urkunde überhaupt nicht ausgehändigt, vielmehr sei dieselbe ihm gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, denn auch unter dieser Voraussetzung kann man sagen, der Vertretene habe die Täuschung des Dritten mitveranlaßt dadurch, daß er die Urkunde ausstellte, bzw. daß er die erledigte Urkunde unkassiert aufbewahrte. Entsprechende Anwendung des § 932 erscheint ausgeschlossen.

II. ElsLothNotZ. **06** 76 ff. (LG. Colmar). Wenn auch § 172 nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr maßgebend, nicht aber für das Grundbuchamt bindend ist, so muß doch, solange nicht entgegenstehende Tatsachen dem Grundbuchrichter bekannt werden, der Besitz der Vollmachtsurkunde genügen, um dem Richter die Überzeugung zu verschaffen, daß der Besitzer der Vollmacht diese von dem Vollmachtgeber erhalten und letzterer gemäß § 167 die Bevollmächtigung ihm gegenüber erklärt hat. Vgl. aber o. Ziff. II zu §§ 170—173.

§ 179. Abs. 1. HansGZ. **06** Hptbl. 25 ff., OLG. **12** 21 ff. (Hamburg). Da es in der Regel dem Gegner des falsus procurator nicht schwer fallen wird, die Nachweise zu erbringen, daß er zur Erzielung der Erklärung, „daß der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigere", das seinige getan hat, so erscheint es praktisch unbedenklich, ihm die Beweislast aufzuerlegen. (Vgl. Planck, BGB. I § 179, Schloßmann, Stellvertretung II 397 Note 1.) Wenn aber der Stellvertreter seinerseits dadurch, daß er seinen Machtgeber nicht nennt, dem Gegner den Weg verlegt, den ihm § 177 geben will, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn er sich zugleich darauf beruft, es sei dieser Weg noch nicht beschritten (26). Der falsus procurator kann sich nicht darauf berufen, daß, wenn die Vollmacht bestanden hätte, gleichwohl in der Person des Vertretenen eine Verbindlichkeit nicht entstanden wäre (27). Auch die Literatur scheint diese Auffassung zu teilen. Vgl. Dernburg, BGB. I 494 (JDR. **1** Ziff. 5), Cosack, BGB. (2) I 243. Vgl. auch JDR. **2** Ziff. 4a, **3** Ziff. I 2 b.

§ 181. I. 1. *Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, JheringsJ. **50** 343 f. § 181 ist für den Eigentumserwerb im Falle der mittelbaren Stellvertretung von hervorragender Bedeutung. Durch den Abschluß eines constitutum possessorium mit Vertretung des Erwerbers durch den Veräußerer, also durch ein Selbstkontrahieren des Vertreters lassen sich zugunsten des Vertretenen mancherlei Härten und Schwierigkeiten umgehen, die sonst nicht zu

vermeiden wären. Dies gilt sowohl bei der gewillkürten, wie auch bei der gesetzlichen Vertretung. Vor allem wird durch § 181 auch in den Fällen eine Lösung ermöglicht, in denen dem Vertretenen die zum Abschluß eines constitutum possessorium erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, also namentlich bei der Vormundschaft.

2. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 129. Die Gestattung des Selbstkontrahierens kann auch nachträglich erfolgen.

II. 1. Die Entsch. des **RG.** JDR. **4** Ziff. 1a jetzt auch RheinNotZ. **06** 162 ff.

2. **RG.** 2. 3. 06, **63** 16 ff., JW. **06** 227. Bewahrt ein Bankier den Erlös verkaufter Wertpapiere in einem mit der Aufschrift des Verpfänders versehenen Briefumschlage auf, so erwirbt der Verpfänder Eigentum an den Geldern, wenn der Bankier hierbei in Vertretungsmacht für den Verpfänder handelte. Vgl. auch **RG.** 18. 6. 06 **63** 405, SeuffBl. **07** 153.

3. BayObLG., BayObLG. **7** 330, BayRpflZ. **06** 296, SeuffBl. **06** 559, SeuffA. **61** 348, OLG. **13** 330. § 181 steht dem nicht entgegen, daß ein Bevollmächtigter die Eintragung einer Hypothek für eine eigene Schuld an Grundstücken des Vollmachtgebers beantragt.

4. KG. 4 1. 06, KGJ. **31** A 152 ff. Der Inhaber der elterlichen Gewalt kann einen Vertrag, durch den zwischen ihm und den Kindern eine Gesellschaft errichtet werden soll, nicht zugleich im eigenen Namen und im Namen des Kindes abschließen, die Kinder müssen vielmehr durch Pfleger vertreten werden.

5. BadRpr. **06** 20 (LG. Freiburg). Die Ausstellung einer Generalvollmacht an sich läßt nicht die Befreiung von der Beschränkung des § 181 vermuten.

6. BayObLG. **6** 435, SeuffA. **61** 19, Standesb. **06** 1, DJZ. **06** 267 (BayObLG.). § 181 steht nicht entgegen, daß der Stiefvater, der gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, dessen nach § 1706 Abs. 2 Satz 2 erforderliche Einwilligungserklärung und im Anschluß an sie seine Erklärung, daß er dem Kinde seinen Namen erteilt, der zuständigen Behörde gegenüber abgibt.

Sechster Titel. Einwilligung und Genehmigung.

§ 184. Über Genehmigung bei rechtswidrigen Handlungen Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 99 ff., 107, 121 ff., 124 Anm. 94.

§ 185. 1. Darüber, daß Eintragungsbewilligungen und Auflassungserklärungen sowohl ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen, wie auch im eigenen Namen von einem Nichtberechtigten abgegeben werden können, wenn nur der Vertretene oder Berechtigte diesen Erklärungen nach den §§ 177, 185 zustimmt, s. Wilutzky, ABürgR. **28** 78 f. Vgl. JDR. **3** Ziff. 1 u. hinsichtlich der Praxis JDR. **2** Ziff. 1.

2. Abs. 2. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 124 ff. Anm. 94. Wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt hat und dann den Eigentümer beerbt, so erwirbt er in der Erbschaft auch das Genehmigungsrecht des Erblassers; übt er dieses aus, so tritt Rückwirkung ein.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

Literatur: Pillmayr, Ist die Klagerhebung als Abgabe einer Willenserklärung i. S. des § 193 zu betrachten? SeuffBl. **06** 574. — Schönfeld, Der § 193 BGB. und die Zinspflicht, R. **06** 1067.

§ 193. I. 1. Schönfeld, R. **06** 1067. Die im § 193 getroffene Regelung ist lediglich durch die Rücksicht auf das religiöse Gefühl am Orte der abzugebenden Willenserklärung oder der zu bewirkenden Leistung veranlaßt. Daher werden nur die Abführung einerseits und die Annahme andererseits infolge des Sonntags oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertags bis zum nächsten

Werktage hinausgeschoben, wenn nicht beide Teile gleichwohl sich zur Abführung und Annahme an einem solchen Tage übereinstimmend entschließen. Auf den Inhalt der Erfüllung wirkt weder die vertragsmäßig, noch die gesetzlich gewährte Stundung, es läuft vielmehr die hinausgeschobene Verbindlichkeit bis zum Erlöschen des Schuldverhältnisses unvermindert fort, und es sind deshalb bei der Zahlung einer verzinslichen Geldschuld, namentlich bei der Rückerstattung eines Darlehens, die bedungenen Zinsen bis zur Abführung zu berechnen.

2. Pillmayr, SeuffBl. **06** 574. Unter Willenserklärung im Sinne des § 193 wird eine solche zu verstehen sein, welche auf die Herbeiführung einer privatrechtlichen Wirkung berechnet ist. Die Klagerhebung ist daher als Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 193 nicht zu betrachten. Wenn mithin die Verjährungsfrist z. B. für die Wandelungsklage nach § 490 an einem Sonntag endigt, ist die Klage zur Unterbrechung der Verjährung noch an diesem Sonntage zuzustellen. Dies ist von besonderer Bedeutung bei den kurzen Verjährungsfristen der Viehgewährschaftsansprüche.

II. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 123. § 193 auf Verjährungsfristen unanwendbar. Vgl. hierzu Stölzle, SeuffBl. **06** 714 f. Ebenso FrankfRundsch. **40** 70 (Frankfurt). AM. jedoch Planck (3) I 335.

2. OLG. **13** 331 (Königsberg). Eine über den Zweck, die Ruhe des Sonntags zu wahren, hinausgehende, ausdehnende Auslegung ist dem § 193 nicht zu geben. Die Fälligkeit wird durch § 193 nicht berührt. Vgl. o. Ziff. I 1.

3. **a)** SächsOVG. **9** 166. Der Grundsatz, daß dann, wenn das Ende einer Ausschlußfrist auf einen Sonntag fällt, an die Stelle des Sonntags der nächste Wochentag tritt, gilt auch für das öffentliche Recht, wenn nicht dessen Normen ausdrücklich etwas anderes bestimmen oder ihrer Natur nach den Grundsatz als nicht anwendbar erscheinen lassen. **b)** ZBergr. **46** 121 (LG. Essen). § 193 denkt nur an eine Verpflichtung, die auf Grund eines privatrechtlichen Aktes wirksam eingegangen ist.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Hölder, Der Fristbeginn bei der Verjährung des § 196 BGB., R. **06** 279 ff., 363 f. — Josef, Die Verjährung der auf auftraglose Geschäftsführung, Bereicherung, sowie auf Übertragung kraft Gesetzes gegründeten Forderungen und der Erwerb von Erstattungsansprüchen durch auftraglose Zahlung, GruchotsBeitr. **50** 215—230. — H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht. München 1906. — Orthal, Zur Auslegung der §§ 208, 222 BGB., R. **06** 1067. — Puchta, Über Verjährung der Gebührenansprüche von Zeugen und Sachverständigen, SeuffBl. **06** 148—150.

§ 194. 1. Leistung. *H. Lehmann 50 ff. Leistung ist ganz allgemein das Verhalten, das der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist. Eine Beziehung des Leistungsbegriffs zum Vermögen ist abzulehnen (55). Da die Leistung in diesem allgemeinen farblosen Sinne Inhalt der schuldnerischen Pflicht ist, besteht kein Anlaß mehr, den Begriff der Leistungspflicht auf das Obligationenrecht zu beschränken (54). — Dem Leistungsbegriff ist ein positives Element nicht wesentlich. Die Unterlassung ist keineswegs immer Willenstat. Sie kann es sein, braucht es aber nicht (50 ff., 18 ff.)

2. Begriff des Anspruchs. (JDR. **3**, **2** u. **1** zu § 194). **a)** *Siber, JheringsJ. **50** 80 ff. Der privatrechtliche Anspruch als „Recht zu verlangen", umfaßt die Macht des Gläubigers zur Leistungsklage, Vollstreckung und Selbsthilfe gegenüber dem Schuldner, die weder unter den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruch fällt, noch mit der Annahme eines Rechtsschutzanspruchs gegen den Staat entbehrlich wird. **b)** *Eltzbacher, Unterlassungsklage 105/106. Anspruch und Rechtsgut sind nichts anderes als das Recht von verschiedenen Seiten betrachtet. Spricht man von einem Anspruch, so faßt man vorzugsweise

seine einschränkende, spricht man von einem Rechtsgut, so faßt man seine gewährleistende Seite ins Auge. **c)** *H. Lehmann. Die Fälligkeit ist kein Begriffserfordernis. Es gibt bestehende Ansprüche auf künftig fällig werdende Unterlassung und zwar gehören hierzu α. die betagten Ansprüche, β. die verhaltenen Ansprüche, γ. die durch Geltendmachung einer aufschiebenden Einrede der Fälligkeit zeitweise entkleideten Ansprüche (70—81). — Die Durchsetzbarkeit (Klagbarkeit, Erzwingbarkeit) ist eine wesentliche Eigenschaft des Anspruchs.

3. Unterlassungsanspruch. *H. Lehmann 89 ff. Nicht jeder negativen Pflicht entspricht ein Anspruch gerade auf die Unterlassung. Ein selbständiger Unterlassungsanspruch ist nur da gegeben, wo die Unterlassung als etwas Selbständiges geschuldet wird. (Näheres s. Lehmann u. zu § 241 Ziff. 2 a und § 242 Ziff. 1 d.) — Nur der selbständige Unterlassungsanspruch kann als solcher durchgesetzt werden (91 ff.). — Einseitig ist die Auffassung des Unterlassungsanspruchs nur als Objekt der Verjährung. Die Hauptfunktion des Unterlassungsanspruchs liegt darin, daß er die nach dem Willen des Berechtigten selbständig erzwingbaren (insbesondere durch Klage auf künftige Leistung) Unterlassungspflichten von den negativen Verbindlichkeiten abhebt, denen diese Zwangssanktion fehlt (95/96).

§ 195. I. Josef, GruchotsBeitr. **50** 215 ff., wendet sich gegen die von Brückmann vertretene Ansicht, daß die aus der negotiorum gestio entspringenden Ansprüche der gewöhnlichen Verjährung unterliegen (JDR. **2** zu § 195), und hält daran fest, daß lediglich die objektive Natur des Anspruchs für die Frage nach der Verjährungsfrist entscheidet (217 ff.). Er gelangt zu dem Ergebnis, daß die in den §§ 196, 197 bezeichneten Ansprüche nach dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes der kurzen Verjährung nicht bloß unterliegen, wenn sie gegen den Empfänger der Leistung (den Vertragsgenossen des Gläubigers), sondern auch wenn sie geltend gemacht werden gegen einen Dritten, der dem Gläubiger (Leistenden) aus dem Gesichtspunkt auftragloser Geschäftsführung oder der Bereicherung zur Vergütung verpflichtet ist. Daher verjähren z. B. Ansprüche derer, die dem Kinde oder dem Hilfsbedürftigen durch Aufnahme zur Verpflegung oder durch kaufmännische Lieferung von Waren Unterhalt gewährt haben, gegen den Erzeuger oder die Eltern oder den Armenverband in 2 Jahren. Doch verjährt der Anspruch der unehelichen Mutter und ihrer Eltern gegen den Erzeuger sowie der Anspruch des Armenverbandes gegen die Verwandten des Hilfsbedürftigen als Anspruch auf Rückstände von Unterhaltsbeiträgen in 4 Jahren, da die dem Kinde und dem Unterstützten zustehenden Ansprüche kraft Gesetzes auf jene Gläubiger übergegangen sind (229). Über die Verjährung der Erstattungsansprüche des Bürgen 222, der aus der Tilgung fremder Verbindlichkeiten hervorgehenden Ansprüche 223.

II. 1. OLG. **12** 264 (KG.). Gewährleistungsansprüche wegen noch nicht entrichteter Anliegerbeiträge verjähren in 30 Jahren.

2. PucheltsZ. **06** 79 (LG. Düsseldorf). Der Anspruch des Kommittenten unterliegt, von dem Falle des Selbsteintritts des Kommissionärs abgesehen, nicht der kurzen Verjährung des § 196, vielmehr greift die ordentliche Verjährung des § 195 Platz.

3. OLG. **12** 248 (Dresden). Eine Entschädigungsforderung, die wegen Verzugs des einen Vertragsteils an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs getreten ist, unterliegt derselben Verjährung, wie die Forderung selbst.

§ 196. I. **a)** *Hölder, R. **06** 279. Sowohl nach dem Wortlaut, als nach dem Zwecke des Gesetzes verjähren die hier bezeichneten Ansprüche in 2 Jahren von der Vollziehung der Leistung an, deren Vergütung sie bezwecken. Es besteht in diesen Fällen kein Grund dazu, der einen Partei weniger lang als der anderen ein Recht auf die Realisierung des noch von keiner Seite realisierten

Vertrags zu geben; der Gewerbetreibende soll aber sowohl im eigenen als im Interesse des anderen nicht länger als 2 Kalenderjahre mit der Beitreibung seiner Vergütung warten, nachdem er seinerseits geleistet hat. **b)** RG. **62** 178 ff., JW. **06** 84, DJZ. **06** 262. Die zweijährige Verjährung der Kaufpreisforderung der Kaufleute beginnt schon mit Schluß des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, nicht erst mit Schluß des Jahres, in welchem die verkauften Gegenstände geliefert sind. **c)** Neumann, JW. **06** 96, weist auf das Bedenkliche dieser Entscheidung hin, „die Forderung des Lieferanten komme, wenn nicht etwas anderes vereinbart sei, nicht zur Entstehung vor dem Zeitpunkt der vereinbarten Lieferung. **d)** Auch Hölder, R. **06** 363, wendet sich gegen dieses Erkenntnis. Solange nicht geleistet sei, sei die Vergütung nicht eine solche, die beigetrieben werden könne, also auch der Anspruch auf ihre Beitreibung nicht ein solcher, der verjähren könne.

II. Ziff. 1. (JDR. **4** Ziff. I.) 1. Begriff des Handwerkers. **a)** RG. JDR. **4** Ziff. 1 jetzt auch SeuffBl. **06** 19 ff. **b)** RheinA. **102** I 110 ff., OLG. **13** 332, PucheltsZ. **06** 259 (Cöln). Auf die Forderungen des Bauunternehmers gegen den Bauherrn findet, falls jener nicht nach § 2 HGB. im Handelsregister eingetragen ist und deshalb als Kaufmann gilt, die Verjährungsvorschrift des § 196 Ziff. 1 keine Anwendung. Ebenso SeuffA. **61** 250, OLG. **13** 332 (Cassel). Ist aber der Unternehmer zugleich Bauhandwerker, der den übernommenen Bau mit seinen Arbeitern ausführt, so gilt er als Handwerker im Sinne der Ziff. 1 auch dann, wenn es sich um eine größere Zahl von Arbeitern handelt und er selbst nicht mit Hand anlegt.

2. Forderung von Kaufleuten. **a)** RG. SeuffBl. **06** 201. Die Forderung muß von Anfang an eine Kaufmannsforderung gewesen sein, wenn sie nach Ziff. 1 in 2 Jahren verjähren soll. Durch ihre Umwandelung in die Forderung eines Kaufmanns erst während des Laufes dieser kurzen Verjährungszeit kann diese nicht in Kraft gesetzt werden. (RG. JW. **05** 169.) **b)** RG. 12. 6. 06, JW. **06** 457. Die Frage, welche Verjährungsfrist für die Zusage gilt, eine Kaufpreisforderung bei Besserung der Vermögensverhältnisse zu zahlen, beantwortet sich danach, ob die Auslegung des Vergleichs ergibt, daß eine Novation des Anspruchs stattgefunden hat.

3. Gewerbebetrieb. (JDR. **4** Ziff. I 3, **3** u. **2** Ziff. 1.) **a)** OLG. Hamburg, JDR. **4** Ziff. I 3a, jetzt auch SeuffA. **62** 3. **b)** RheinA. **102** I 135 (Cöln). Ein Architekt, dessen Tätigkeit rein künstlerisch ist, betreibt kein Gewerbe im Sinne der Ziff. 1. **c)** Landwirtschaft kein Gewerbebetrieb. OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 202, OLG. **12** 248 u. BadRpr. **06** 109 (AG. Lahr). Ebenso OLG. Posen, JDR. **4** Ziff. I 3 c.

4. KGBl. **06** 57 (LG. II Berlin). Es müssen in Ziff. 1, wenn man die Gesetzesworte nicht pressen will, zu den Forderungen für Lieferung von Waren solche aus Lieferung von Waren gerechnet werden. Die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe des gleichzeitig mit der Warenlieferung leihweise übergebenen Verpackungsmaterials tritt daher gleichzeitig mit der Verjährung der Kaufpreisforderung ein. Ebenso Wolf, JDR. **4** Ziff. I 2.

III. Ziff. 2. (JDR. **2** Ziff. 2.) R. **06** 855 (Bamberg). Unter land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnissen sind nur Rohstoffe als solche zu verstehen, nicht durch Verarbeitung derartig umgestaltete, daß sie als gewerbliche Erzeugnisse angesehen werden müssen, also nicht künstlich gearbeitetes Holz, auch nicht Ziegel.

IV. Ziff. 3. **a)** RG. 26. 9. 05, **61** 390 ff., EisenbE. **23** 8, BadRpr. **06** 12. Zu den Frachtfuhrleuten im Sinne der Ziff. 3 gehört jeder Frachtführer. Dem Anspruche des Frachtführers „wegen der Fracht" steht der an Stelle der Fracht wegen Nichterfüllung des Frachtvertrags durch den Gegenkontrahenten tretende

Schadensersatzanspruch des Frachtführers gleich. **b)** Unter Fracht im Sinne der Ziff. 3 ist auch der nach § 53 Abs. 7—12 EisenbVO. zu erhebende Frachtzuschlag zu verstehen. Näheres u. zu § 470 HGB.

V. Ziff. 7. **RG.** 31. 3 05, SeuffBl. **06** 21. RG. läßt es dahingestellt, ob das Gesetz bei dem Ausdrucke „Leistung von Diensten" nicht reine Dienstverträge im Gegensatze zu Werkverträgen im Auge hat; in keinem Falle könnten große Straßenbauunternehmungen, bei denen Leistungen in hohem Werte bedungen werden, zu Dienstleistungen im Sinne von Ziff. 7 gerechnet werden.

VI. Ziff. 8. KfmG. **06** 88 (Hamburg). Forderungen aus einem kaufmännischen Dienstverhältnisse verjähren nach Ziff. 8.

VII. Ziff. 15. OLG. Colmar 26. 1. 06, ElsLothJZ. **06** 474, ElsLothNotZ. **06** 119 bestätigt die Entsch. des LG. Colmar über die Verjährung der vom Notar bezahlten Stempelkosten. (JDR. **4** Ziff. IV, jetzt auch ElsLothJZ. **06** 299 ff.)

VIII. Ziff. 17. *Puchta, SeuffBl. **06** 148 ff. § 196 Ziff. 17 bezieht sich auf jede Art von Zeugen und Sachverständigen. Er beseitigt aber nicht § 16 ZGebO., da dieser eine Voraussetzung des Gebührenanspruchs, nicht dessen Verjährung regelt. Ebenso Wochinger, JDR. **1** Ziff. 4.

§ 197. I. Regula, ElsLothNotZ. **06** 333. Ist eine Forderung verzinslich vom 2. 1. 01 ab, so entsteht der Zinsanspruch mit dem 2. 1. 02; die Verjährung beginnt mit dem 31. 12. 02 und tritt erst mit Ablauf des 31. 12. 06 ein.

II. HansGZ. **07** Beibl. 11 (Hamburg). Die Verjährungsfrist für Verzugszinsen ist nicht anwendbar auf die Nachforderung von Zinsen für widerrechtlich hinterzogene Steuerbeträge, die vielmehr als öffentlich-rechtliche Ansprüche des Staates der 30jährigen Verjährung unterliegen.

§ 198. *Heinr. Lehmann, Unterlassungspflicht 319—326. a) Gegenstand der Verjährung ist der Anspruch nur in seiner Eigenschaft als bestehendes Recht auf eine gegenwärtig geschuldete Leistung. Daraus folgt, daß die Verjährungsvorschriften auf Ansprüche unanwendbar sind, die ihrer Natur nach eine längere Lebensdauer nicht entfalten können, weil sie auf eine nur in einem bestimmten Zeitpunkte bewertbare Leistung (Fixleistung) gehen oder eine nur während eines kurz bemessenen Zeitraums nachholbare Leistung zum Gegenstande haben. b) Der Unterlassungsanspruch ist kein Gegenstand der Verjährung, weil seine Lebensdauer in keinem Falle von nennenswerter Länge ist. Das gilt auch von dem Anspruch auf die künftig geschuldete Unterlassung. Der Unterlassungsanspruch ist mithin stets unverjährbar. § 198 Abs. 2 identifiziert den Unterlassungsanspruch mit dem durch die Zuwiderhandlung an seine Stelle getretenen Erfolg- oder Beseitigungsanspruch.

§ 201. ElsLothJZ. **06** 51 ff. (Colmar). Über den Beginn des Laufes der zweijährigen Verjährung, wenn die Verjährung bis zu einem im Jahre 1901 eingetretenen Ereignisse durch Stundung der Schuld gehemmt war.

§ 202. I. Einredebegriff. (JDR. **4** Ziff. I, **3** und **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 3.) 1. *Fontheim, Anfechtungsrecht 41 ff. Die Anfechtbarkeit begründet keine Einrede (im materiellen Sinne). Die bloße Anfechtungsmöglichkeit übt deshalb im Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner eine selbständige Wirkung nicht aus. Beweis: § 770 Abs. 1 BGB. AM. Hellwig. — Die vollzogene Anfechtung hat die Bedeutung einer rechtshemmenden Tatsache. Die Anfechtung erzeugt also eine rechtshemmende Einwendung.

2. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 26. Die an sich widerrechtliche Nichtbefriedigung eines fremden Anspruchs ist dann nicht widerrechtlich, wenn dem Anspruchverpflichteten ein Einrederecht zusteht, woraus auch folgt, daß dann weder Verzug eintritt, noch eine etwaige Vertragsstrafe verfällt, und daß der Anspruchberechtigte nicht zur Selbsthilfe schreiten darf.

II. Stundung. (JDR. **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 3.) 1. Hilse, R. **06** 495 f. Das vor Ablauf der Verjährungsfrist seitens des Gläubigers dem Schuldner gemachte Angebot einer Stundung ist nicht geeignet, die Verjährung zu hemmen. Ebenso Wassermann, JDR. **3** Ziff. 2 b.

2. **RG.** 12. 6. 06, **63** 370, JW. **06** 480. Auch die Wechselverjährung wird durch Gestundung gehemmt, denn nachdem Art. 80 WO. beseitigt ist, fehlt es an jedem Grunde, den Vorschriften des BGB. die Anerkennung im Wechselrecht zu versagen.

§ 208. I. Orthal, R. **06** 1067 ff. § 208 spricht von einer Unterbrechung der Verjährung für den Fall, daß der Verpflichtete den Anspruch durch Abschlagszahlung anerkennt. Es ist also vorausgesetzt, daß ein Anspruch überhaupt noch vorliegt. Ist aber die Forderung zu jener Zeit bereits verjährt, so liegt überhaupt kein Anspruch mehr vor, mithin ist auch kein Raum mehr für Unterbrechung nach § 208 BGB. vorhanden. Daß die Ratenzahlung aber nicht geeignet ist, die in Gestalt einer obligatio naturalis fortlebende verjährte Forderung wiederum in einen klagbaren Anspruch zu verwandeln, geht aus § 222 Abs. 2 hervor. Denn hätte jede Abschlagszahlung auch die Wirkungen der bereits eingetretenen Verjährung wieder beseitigen sollen, so wäre § 222 Abs. 2 eine unlogische und überflüssige Bestimmung.

II. Aus der Praxis. 1. Unterbrechung durch Anerkenntnis. (JDR. **4** u. **3** zu § 208, **2** Ziff. 3.) **a)** **RG.** 14. 6. 06, **63** 382 ff. Zur Unterbrechung der Verjährung genügt ein Anerkenntnis unter der gleichzeitigen Verwahrung dagegen, daß nicht nur der Anspruch an sich, sondern auch der geforderte Betrag anerkannt werde, wenn der Anerkennende die Anerkennung durch keinerlei bestimmte Abgrenzung in solcher Weise einschränkte, daß er für einen Teil des objektiv Geschuldeten seine Verpflichtung nicht gelten lassen wollte (389). **b)** OLG. **12** 28 (Karlsruhe). Die Verjährung wird unterbrochen durch jede ausdrückliche oder stillschweigende, dem Berechtigten gegenüber erfolgte Kundgebung, aus der die Überzeugung des Verpflichteten von dem Bestehen des Anspruchs erhellt. **c)** SeuffBl. **06** 610 (Stuttgart). Eine solche Kundgebung (vgl. zu b) liegt jedoch nicht stets dann vor, wenn etwa ein Verkäufer sich zu Reparaturen einer verkauften Sache herbeiläßt. Er kann sich hierzu möglicherweise aus Rücksichten auf den Ruf seines Geschäfts verstanden haben.

2. R. **06** 614 (Colmar). Abschlagszahlungen auf eine Wechselprozeß-Urteilssumme, die dem Beklagten durch Androhung der Zwangsvollstreckung abgenötigt werden, sind zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet und können ihm, nach Überleitung des Wechselprozesses in das ordentliche Verfahren, als Verzicht auf die Verjährung des eingeklagten Wechselanspruchs vom Kläger nicht entgegengehalten werden. Der Rückforderung dieser Zahlungen steht § 222 nicht entgegen; denn er setzt die Freiwilligkeit der Zahlungen voraus, die der Schuldner in Unkenntnis der Verjährung zur Befriedigung des verjährten Anspruchs geleistet hat.

§§ 208, 209. WürttJ. **17** 288 ff. (Stuttgart). Die Unterlassung der Rüge, daß eine Prozeßvorschrift verletzt sei, ist, wenn die Verjährung vor der Unterlassung der Rüge in der mündlichen Verhandlung bereits vollendet war, ohne Bedeutung für die Unterbrechung der Verjährung, weil es sich in diesem Falle nicht mehr bloß um die Heilung der mangelhaften Zustellung, sondern um die Beseitigung eines inzwischen entstandenen Rechtes des Verpflichteten handelt. Der Unterlassung der Rüge kann aber nicht die Wirkung eines Verzichts auf ein solches Recht beigelegt werden.

§ 209. 1. Ziff. 1. OLG. **12** 28 ff. (Marienwerder) handelt über Unterbrechung der Verjährung durch Zustellung eines vom Zedenten des Klägers erwirkten Zahlungsbefehls.

2. Ziff. 4. **a)** **RG.** 20. 10. 05, **61** 390 ff., BadRpr. **06** 12. Die Verjährung wird auch durch Streitverkündung in einem ausländischen Prozeß unterbrochen, falls diese den wesentlichen Voraussetzungen der deutschrechtlichen Streitverkündung entspricht. Das trifft zu bei der demande en garantie des holländischen Rechtes (z. T. schon JDR. **4** Ziff. 2). **b)** HansGZ. **06** Hptbl. 301 ff., SeuffA. **62** 94 ff. (Hamburg). Eine sich lediglich an den Wortlaut anklammernde Auslegung des § 209 Ziff. 4 würde zu praktisch höchst unerwünschten Konsequenzen führen, denn sie würde bei Schadensansprüchen mit kurzer Verjährung den Beschädigten regelmäßig nötigen, alle für die Schadenshaftung möglicherweise in Betracht kommenden Personen gleichzeitig in Anspruch zu nehmen. Das RG. tritt daher den vom RG., HansGZ. **04** Hptbl. Nr. 70, **RG.** **58** 80, entwickelten Grundsätzen bei. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 3 a.)

3. **RG.** JDR. **4** Ziff. 1, jetzt auch GruchotsBeitr. **50** 647.

§ 212. RheinA. **103** I 70, OLG. **13** 334 (Cöln). Abs. 2 findet im Mahnverfahren keine Anwendung. (Ebenso Planck zu § 213, Staudinger § 209 Note 8).

§ 213. OLG. **13** 333, RheinA. **103** I 67 ff. (Cöln). § 213 greift nur Platz, wenn es nicht zur Klagerhebung gekommen oder eine solche wie im Falle des § 696 ZPO. nicht erforderlich ist.

§§ 218, 219. RheinA. **103** I 80 ff., R. **06** 799 (Cöln). Als rechtskräftige Entscheidung kann nur ein die Instanz abschließendes Urteil angesehen werden. Dazu gehören nicht Zwischenurteile, die in einem auf Leistung gerichteten Prozesse gemäß § 304 ZPO. vorab über den Grund des Anspruchs ergehen.

§ 218. 1. RheinA. **103** I 80, PuceltsZ. **06** 610 (Cöln). § 218 findet keine Anwendung, wenn der Anspruch lediglich dem Grunde, nicht auch dem Betrage nach rechtskräftig festgestellt ist.

2. Abs. 2. OLG. **12** 242 und 244, BreslauAK. **06** 23 ff. (Breslau und KG.). Abs. 2 muß auch auf Verzugszinsen aus einem rechtskräftigen Urteil Anwendung finden. Dies wird aus der Entstehungsgeschichte gefolgert.

§ 222. I. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 70 Anm. 1. Nicht die gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung der Verjährung, wohl aber die rechtskräftige Abweisung der Klage wegen Verjährung zerstört den Anspruch und läßt nur eine sittliche oder Anstandspflicht übrig, deren Bestehen (anders als ihre Erfüllung, vgl. u. §§ 241 ff. Ziff. 3) keinerlei Rechtsfolgen hat.

2. Abs. 2. **a)** Orthal, R. **06** 1068. Die Worte „auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist" bedeuten lediglich eine Erweiterung der übrigen Bestimmungen des Abs. 2, einen Schutz dieser Bestimmungen gegen die Anwendung des § 812 auf dieselben. Vgl. auch o. Ziff I zu § 208. **b)** Lippmann, DJZ. **06** 1256 f. § 222 Abs. 2 BGB. kommt bei der durch Zwangsvollstreckung bewirkten Leistung eines erst nach dem Erlaß des Urteils verjährten Anspruchs nicht zur Anwendung; dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn der Schuldner den so verjährten Betrag zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den mit der Vollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher leistet. Eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung ist keineswegs freiwillig. Demgemäß kann trotz der §§ 222 Abs. 2, 813 BGB. das an den Gerichtsvollzieher für den Gläubiger Geleistete mit der Bereicherungsklage von diesem zurückgefordert werden. Dieser Fall kann praktisch werden, da nach § 218 Abs. 2 BGB. rechtskräftig festgestellte wiederkehrende Ansprüche nach 4 Jahren verjähren und trotzdem vollstreckt werden.

II. Aus der Praxis. 1. Vertragsmäßiges Anerkenntnis (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1). a) OLG. **12** 246, PosMschr. **06** 28 (Posen). Für das

vertragsmäßige Anerkenntnis ist die Schriftlichkeit zu fordern. Ebenso BreslauAK. **06** 38 (Breslau). **b**) R. **06** 371 (Hamm). Zu einem die Folge der Vollendung der Anspruchsverjährung wieder beseitigenden vertragsmäßigen Anerkenntnisse genügt es nicht, daß der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers Zahlung verspricht, sondern es ist erforderlich, daß die Beteiligten die Absicht haben, einen für die Geltendmachung der Schuld ausreichenden Klagegrund zu schaffen.

2. **RG.** 26. 10. 06, JW. **06** 734. Die Replik der Arglist gegenüber der Verjährungseinrede ist nur dann zugelassen, wenn sie gestützt wird auf eine die Voraussetzungen des § 826 erfüllende Arglist, die auf Verhinderung einer Unterbrechung der Verjährung gerichtet ist.

3. Abs. 2. BreslauAK. **06** 23 ff. (Breslau). Abs. 2 bezieht sich nur auf Leistungen, die der Schuldner freiwillig bewirkt, nicht auch auf solche, die im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben sind.

§ 224. OLG. Frankfurt 15. 11. 05, HoldheimsMSchr. **06** 55 f. Der bei unrichtiger Deklaration gemäß Art. 7 des internationalen Übereinkommens über den Frachtverkehr vom 14. 10. 98 zu erhebende Frachtzuschlag unterliegt dem Empfänger gegenüber der einjährigen Verjährung. Dagegen EisenbE. **23** 132 (Dresden). Stellungnahme zu **RG. 47** 33, JDR. **2** zu § 224, s. Holdheims MSchr. **06** 57. Die Ansicht Reindls, DJZ. **03** 100, JDR. **2** zu § 224, daß für die Frachtzuschläge die dreißigjährige Verjährung maßgebend sei, wird aaO. 58 für unannehmbar erklärt.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Schneidler, Das Schikaneverbot des § 226 BGB., R. **06** 603/604. — v. Zahn, Zur Auslegung des § 226 BGB., R. **06** 847.

§ 226. I. 1. v. Zahn, R. **06** 847 f. § 226 ist stets dann anwendbar, wenn als Motiv einer Rechtsausübung in so hervorragender Weise die Schadenfreude erscheint, daß andere Motive daneben, soweit sie überhaupt glaubhaft erscheinen, für die moralisch-juristische Betrachtung gar nicht in Betracht kommen.

2. Schneidler, R. **06** 603, wendet sich gegen die Auslegung des § 226, die nicht nur erfordert, daß der Rechtsausübende subjektiv keinen anderen Zweck hat, als den der Schadenszufügung, sondern objektiv, daß überhaupt kein anderer Zweck denkbar ist. Dieser letzte Punkt sei überhaupt nicht zu beweisen. An einer größeren Anzahl von reichsgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Urteilen (vgl. hierzu JDR. **1** Ziff. 3 und **3** Ziff. 4) weist er nach, daß zum größten Schaden einer auf Rechts- und Billigkeitsgefühl beruhenden Rechtsprechung die praktische Wirksamkeit der Rechtsbestimmung durch diese Auslegung vernichtet sei.

II. 1. **RG.** 22. 2. 06, PuceltsZ. **06** 379, R. **06** 680. Eine i. S. des § 226 unzulässige Ausübung eines Rechtes kann auch in dem Falle vorliegen, daß einzelne Familienglieder ihre Zustimmung zu einer Verfassungsänderung einer Familienstiftung verweigern.

2. **RG.** 15. 11. 06, PosMschr. **06** 154, JW. **07** 6 ff. § 226 hat nicht bloß auf dem Gebiete des Vermögensrechts, sondern ebenso für das Familienrecht Geltung.

3. Über die Bedeutung des § 226 für die Auslegung des § 826 vgl. SächsRpflA. **06** 402 ff. (Dresden).

§ 227. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 239/245. Die herkömmliche Auffassung der Notwehr ist nach einer Richtung zu weit, nach einer anderen zu eng. a) Nach den üblichen Begriffsbestimmungen würde die Notwehr auch zum Schutz der Ansprüche auf ein Dulden zulässig sein, also z. B. gegenüber

dem Grundeigentümer, der die Ausübung einer Wegegerechtigkeit zu hindern sucht. Zum Schutze dieser Ansprüche ist die Notwehr aber nicht gestattet, es findet nur Selbsthilfe statt. b) Nach der überwiegenden Vorstellung würde die Notwehr nur zum Schutze der Ausschließungsrechte (absoluten Rechte) stattfinden, also z. B. nicht gegenüber dem Käufer eines Grundstücks, der unter Verletzung des Kaufvertrags einen Park abholzen läßt. Die Notwehr findet aber auch zum Schutze der auf ein Unterlassen gerichteten Forderungsrechte statt.

2. **RG.** 12. 3. 06, JW. **06** 297, RheinA. **102** II 91. Das Zurückweichen von Angreifern vor einer in den Angriff übergegangenen Verteidigung gibt nicht immer die volle Sicherheit dafür, daß der zunächst zurückgeschlagene rechtswidrige Angriff auch definitiv aufgegeben sei. — Putativnotwehr im BGB. als Befreiungsgrund von der Haftung nicht anerkannt. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 4).

3. **RG.** 5. 2. 06, BadRpr. **06** 101 über die Beweislast des Einwandes der Notwehr wie **RG. 54** 52, JDR. **2** Ziff. 5.

4. Über befugte Selbsthilfe bei maßvoller Abwehr einer widerrechtlichen Besitzstörung SächsRpflA. **06** 284 (Dresden, Strafs.).

§ 229. I. *Siber, JheringsJ. **50** 82 f. Das Selbsthilferecht gehört zum Inhalt des privatrechtlichen Anspruchs, § 194 Abs. 1; es ist (gegen Hellwig) nicht immer ein behördliche Sicherungsmaßregeln vorbereitendes einstweiliges Sicherungsrecht, sondern in den Fällen der §§ 561 Abs. 1, 859 Abs. 2, 3 und bei allen Duldungsansprüchen ein Recht, die Zwangserfüllung, die endgültige, keiner gerichtlichen Bestätigung bedürftige Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen.

II. **RG.** (Strafs.) DJZ. **06** 263. Es ist nicht der Sinn des § 229, daß jeder, der sofortige Leistung zu beanspruchen hat, um deswillen zur Selbsthilfe greifen darf, weil das gerichtliche Verfahren einige Zeit erfordert und die Leistung zu der Zeit, zu der sie fällig ist, nicht herbeiführt.

Anhang zum sechsten Abschnitt. Unterlassungsklage.

Vorbemerkung: Die beiden Schriften von Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes Berlin 1906 und Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht Berlin 1906 machten es dieses Mal erforderlich hier einen besonderen Anhang zu bilden. Die allseitig anerkannte Bedeutung des Eltzbacherschen Buches wird es rechtfertigen, wenn sein Bericht ausnahmsweise in einem im allgemeinen die Grenzen des Jahrbuchs überschreitenden Umfange Aufnahme gefunden hat. Um die Eltzbacherschen wertvollen Anregungen und Auslegungen des Gesetzes besonders auch der Praxis nutzbringend zu gestalten, sind auch noch an zahlreichen anderen Stellen kürzere Bemerkungen von ihm aufgenommen worden.

I. *Eltzbacher. 1. Unterlassungsklage. Ein allgemeines Schutzmittel der Privatrechte ist die Unterlassungsklage: Sie läßt sich freilich nicht mit dem RG. aus dem allgemeinen Satz von der Klagbarkeit der Rechte ableiten (80/85). Auch nicht mit Hellwig aus § 259 ZPO. (85/90). Sie folgt vielmehr daraus, daß in den Bestimmungen unseres Rechtes über einzelne Unterlassungsklagen ein allgemeines Prinzip zur Erscheinung kommt, und daß es im Sinne der geschichtlichen Entwickelung wie der Tendenzen des BGB. ist, dieses Prinzip in vollem Umfang zur Durchführung zu bringen (90/103). **Geschichte der Unterlassungsklage** s. Eltzbacher 5—71.

2. Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage. Die Unterlassungsklage findet zum Schutze jedes Privatrechts statt, das irgendwelche auf ein Unterlassen gerichtete Ansprüche enthält (104/149). Sie stützt auch die Ansprüche auf ein Dulden (133/135), auch die einem Forderungsrecht angehörigen Ansprüche

auf ein Unterlassen (135/137). — Sie findet z. B. statt zum Schutze des Persönlichkeitsrechts, also gegen jede Art körperlicher Beschädigung, Freiheitsverletzung, Störung des Behagens (137/138). Zum Schutze der dinglichen Rechte sowohl gegen Beeinträchtigung wie gegen Entziehung, ja auch gegen bloße Gefährdung (139/141). Zum Schutze der Rechte an unkörperlichen Gütern, z. B. des Rechtes an Namen, Firma und Warenzeichen, des Urheberrechts, des Patentrechts, des Rechtes an einem Geheimnis, der elterlichen Gewalt, des Rechtes des Gewerbetreibenden an seinen Absatzbeziehungen (141/144). Zum Schutze des allgemeinen Ausschließungsrechts, z. B. gegen vorsätzliche die guten Sitten verletzende Schädigung (145). Zum Schutze der Forderungsrechte auf ein Unterlassen, wie sie z. B. bei Kauf, Miete, Dienstverhältnis, ehelicher Verwaltung und Nutznießung sowie bei der Gütergemeinschaft vielfach gegeben sind (145/149).

3. Voraussetzungen der Unterlassungsklage. a) Der Kläger muß ein Privatrecht haben, kraft dessen er vom Beklagten ein Unterlassen verlangen kann: *Eltzbacher 150/155. Die Ansprüche auf ein Unterlassen können darin Hauptbestandteil oder bloßer Nebenbestandteil sein (152), auf ein reines Unterlassen oder auf ein Dulden gerichtet (153), unmittelbar oder nur mittelbar anerkannt sein (153/154). Das Recht muß zur Zeit des Urteils noch bestehen (155). b) Der Beklagte muß das Recht des Klägers verletzt haben; ist es ein Forderungsrecht, so muß er es außerdem ungeachtet einer Abmahnung des Klägers später nochmals verletzt haben (155/179). Es genügt nicht die bloße Ankündigung oder Vorbereitung einer Rechtsverletzung (160/164). Die Rechtsverletzung muß durch den Beklagten erfolgt sein: es genügt, daß ein Organ einer Körperschaft, nicht aber, daß jemandes Vertreter, Bediensteter oder Rechtsvorgänger eine Rechtsverletzung begangen hat — von Kohler, Planck, Gierke verkannt — (164/167). Die Rechtsverletzung kann ein Tun oder Unterlassen sein (167/168) Sie kann Beeinträchtigung, Gefährdung oder Versuch einer solchen sein (168/170). Sie kann sonstige Handlung oder Äußerung, selbständige Rechtsverletzung, Anstiftung oder Beihilfe, in eigenen oder fremden Angelegenheiten verübt sein (170/173). Sie kann schuldhaft, schuldlos oder in Unzurechnungsfähigkeit verübt sein — von Kohler verkannt — (173/176). Die Verletzung muß bis zur Zeit des Urteils stattgefunden haben, kann aber alsdann bereits beendigt, auch nur gegen einen Rechtsvorgänger des Klägers erfolgt sein (177/179). c) Der Kläger muß auf Grund der erfolgten Verletzung ein künftiges sein Recht verletzendes Tun des Beklagten zu befürchten haben (179/193). Die erfolgte Verletzung muß die künftige als wahrscheinlich erscheinen lassen, dies ist — was Dernburg verkennt — auch dort möglich, wo erst eine einzige Verletzung erfolgt ist (182 bis 187). Die drohende Rechtsverletzung kann in einer Beeinträchtigung, einer Gefährdung oder dem Versuch einer solchen bestehen, in einer sonstigen Handlung oder einer Äußerung, sie kann selbständige Amtsverletzung, Anstiftung oder Beihilfe, ein Tun in eigenen oder fremden Angelegenheiten, ein schuldhaftes, schuldloses oder in Unzurechnungsfähigkeit erfolgendes Tun sein (187/188). Sie kann der erfolgten Rechtsverletzung gleichartig oder von anderer Art sein (188/190). Die Verletzungsgefahr muß zur Zeit des Urteils noch bestehen (192/193).

4. Ziel der Unterlassungsklage. a) Die Unterlassungsklage geht auf ein Unterlassungsgebot (196/202). Sie geht auf ein Gebot, nicht auf eine Feststellung (196/197). Das Gericht kann nur ein rechtswidriges Tun verbieten, das der Kläger auf Grund der erfolgten Verletzung vom Beklagten zu befürchten hat — dies verkennen Seuffert und Kober — (197/200). Innerhalb dieser Grenzen hat das Gericht Verletzungen jeder Art zu verbieten, sowohl gleichartige wie anders geartete Verletzungen, sowohl die Fortsetzung einer begonnenen Ver-

letzung, wie neue selbständige Verletzungen. — Dies verkennt das RG. (200/202). b) Die Unterlassungsklage geht außerdem auf eine Strafdrohung (202/211). Es handelt sich um Androhung einer Ordnungsstrafe (202/205). Eine Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot kann nur dem Beklagten selbst angedroht werden, nicht den Organen einer Körperschaft, dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken — von Gaupp-Stein, Kohler, Seuffert verkannt — (205/206). Sie kann nur einem Menschen, nicht auch einer Körperschaft angedroht werden — von Seuffert, Pinner und RG. verkannt — (206/208). Sie kann nur für den Fall schuldhaften, nicht auch schuldlosen oder gar in Unzurechnungsfähigkeit erfolgenden Zuwiderhandelns angedroht werden (208/210). Bei der Strafdrohung hat das Gericht große Freiheit, namentlich braucht es keine festbestimmte Strafe für jede Zuwiderhandlung anzudrohen (210/211). c) Die Unterlassungsklage ist eine vorbeugende Leistungsklage, deshalb darf man sie auch nicht — wie Dernburg, Cosack, Oertmann — mit der Klage auf Schadensersatz durcheinanderwerfen (214/216).

5. Bedeutung der Unterlassungsklage (217—264): a) Die Unterlassungsklage ist ein Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes, d. h. ein Mittel zur Verhütung drohender Rechtsverletzung (217, 235). Es gibt zahlreiche Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes mit engbegrenztem Anwendungsgebiet, so z. B. das Kündigungsrecht des Vermieters wegen vertragswidrigen Gebrauchs (s. u. zu § 550), das Recht des geschiedenen Ehegatten auf Sicherheitsleistung wegen seines Unterhaltsanspruchs (235/238). Nur wenige Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes sind allgemeiner Natur, dies sind die Befugnis zur Notwehr und zur Selbsthilfe, das Recht auf einen Arrestbefehl und auf eine einstweilige Verfügung und die Unterlassungsklage (238/247). b) Sowohl neben den engbegrenzten Schutzmitteln (247/256) wie neben den allgemeineren (256/264) hat die Unterlassungsklage ihre selbständige Bedeutung. Sie schützt unter Voraussetzungen, unter denen diese Schutzmittel nicht Platz greifen, und gewährt, auch wo sie Platz greifen, einen Schutz von besonderer Art und eigenem Werte.

II *H. Lehmann, Unterlassungspflicht 122 ff. Unrichtig ist die Ansicht des RG., wonach durch jede absolute Norm eine Rechtsstellung begründet werde, zu deren Schutz dem Begünstigten ein Klagerecht auf Unterlassung schlechtweg gewährt sei (124). Im Widerspruch mit dem Gesetz steht der Versuch, im Wege der Analogie die Unterlassungsklage ganz generell zu gewähren, wie das Eltzbacher (o. zu Ziff. I) vorschlägt. Eine analoge Gewährung des Unterlassungsanspruchs und der Unterlassungsklage kann immer nur bei bestimmtem Störungsverbote, für bestimmte Individualinteressen fraglich werden. Denn das Gesetz gibt Anspruch und Klagerecht auf dem Gebiete der absoluten Normen — anders wie bei relativen Normen § 241 BGB. — immer nur für den einzelnen Fall zugunsten bestimmter Rechtspositionen. Und der Gegensatz zwischen Recht und Rechtsgut, der im § 823 BGB. ausgesprochen ist, beweist, daß nicht jede durch absolute Normen begründete günstige Rechtsposition ein Ausschlußrecht (119, 126) sein kann. Auf Grund solcher Erwägungen läßt sich das Gebiet der Unterlassungsansprüche und Klagen über den Kreis der anerkannten Ausschlußrechte hinaus insbesondere nach folgenden Richtungen entwickeln: Da § 826 sich als eine Erweiterung und Ergänzung jedes durch spezielle Verbote begründeten Rechtsschutzes darstellt, wird durch ihn ein anerkanntes Privatrecht in weiterem Umfange garantiert. Insoweit das der Fall ist, läßt sich eine Erweiterung der in diesem Rechte schon beschlossenen Unterlassungsansprüche rechtfertigen. Dem Inhaber oder Träger eines Adelsprädikats, eines Pseudonyms, eines Wappen-

titels, Ordens ist die Unterlassungsklage des § 12 BGB. analog zuzubilligen. — Ebenso kann man bei weitherziger Auslegung des § 823 für die Anerkennung eines allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit eintreten, wenn man betont, daß im § 823 Abs. 1 durch den Schutz der Rechtsgüter des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit das Interesse am Genuß der eigenen Person nach diesen verschiedenen Richtungen hin rechtlich gesichert wird und zwar in einer Form, die dasselbe den übrigen anerkannten Privatrechten im Gegensatz zu den sonstigen Rechtsgütern gleichstellt. Darin kommt zum Ausdruck, daß das Gesetz dem Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zu anderen lediglich nach § 823 Abs. 2 geschützten Interessen den Charakter als Ausschlußrecht nicht vorenthalten will.

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

Literatur: Franz Leonhard, Zur Beweislast, BuschsZ. 35 441—454. — Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. II (3/4) 382 ff. — Über Franz Leonhards 1904 erschienenes Buch die Beweislast vgl. JDR. 3 Ziff. 1 u. 4 a.

1. *Fr. Leonhard. a) 441 ff. Wesentlich für den Begriff der Beweislast ist lediglich die objektive Folge, daß der Beweisbelastete den Nachteil der unaufklärbaren Ungewißheit trägt. Nicht folgt daraus notwendig, daß gerade er durch seine Tätigkeit den Beweis führen muß (vgl. 149 ff. meiner Schrift Beweislast). b) 443 ff. Die Verteilung der Beweislast bestimmt sich lediglich nach dem materiellen Recht, nämlich dahin, daß der Beklagte die zeitlich nachfolgende Gegenwirkung (Einwendung) zu beweisen hat (vgl. 143 ff. der Beweislast). Dem Prozeßrecht gehört lediglich der einfache Satz an, daß der Richter den Parteianträgen nur beim Beweis ihrer tatsächlichen Grundlagen stattgeben kann. c) 448 ff. Bei Rechtsverhältnissen, die nur incidenter im Tatbestand vorkommen, trifft den Kläger die Beweislast, wenn sie zum Klagegrund, den Beklagten, wenn sie zum Tatbestand der Einwendung gehören. Auch die Negative dieser Wirkung kann Teil des Tatbestands sein und ist dann zu beweisen. — Andererseits bedarf es auch hier nicht des Beweises, daß die Rechtswirkung noch fortbestehe; es genügt der Beweis, daß sie entstanden ist. Bei solchen Rechtsverhältnissen (Hilfswirkungen) ist also zu berücksichtigen, daß sie Teile des Tatbestandes, aber auch, daß sie Rechtswirkungen sind (vgl. 167 ff. der Beweislast).

2. *Siméon, Rechtsgang II 384 ff. Zu unterscheiden von der Beweislast ist die Pflicht zur Beweisführung. Diese richtet sich nach den prozeßrechtlichen Vorschriften des Beweisverfahrens und nach der konkreten Prozeßlage, sie wird beeinflußt durch das Verhalten der Partei oder des Gegners, durch das Ergebnis früherer Beweisführung und durch die Beweiswürdigung des Richters. Die Beweisführung in einem besonderen prozeßrechtlichen Beweisverfahren entfällt daher bei solchen Tatsachen, die nach der Prozeßlage schon als feststehend zu behandeln sind, z. B. weil sie der Gegner zugesteht, weil sie offenkundig sind, sich aus allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen von selbst ergeben oder bereits anderweitig, z. B. durch Urkunden, bewiesen sind. Keine Beweislastregel enthält daher der Satz, daß, wer eine Ausnahme von der Regel oder eine Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Dinge behauptet, sie beweisen müsse. Er besagt nur, daß der Beweis für das Regelmäßige oder Gewöhnliche mitunter schon durch Berufung auf allgemeine Erfahrungssätze geführt werden kann und daß dann das Nichtzutreffen der Regel durch Gegenbeweis dargetan werden müßte. Besondere Umstände können sogar im Einzelfalle dahin führen, gewisse Anführungen schon ohne weiteres als vorläufig bewiesen zu erachten und dem Gegner des Beweisführers ihre Widerlegung durch Gegenbeweis zu überlassen. Die Beweislast als solche wird aber dadurch nicht berührt. Nur ihr Druck wird von der Partei leichter oder schwerer empfunden, je nachdem sich

ihre Pflicht zur Beweisführung enger oder weiter gestaltet. Wenn soviel Streit über die meisten Regeln der Beweislast herrscht, so erklärt sich das nicht zum wenigsten aus der verschiedenen Auffassung der Grundbegriffe, namentlich aus der häufigen Vermischung der Beweisführungspflicht mit der eigentlichen Beweislast (384). Setzt sich der Klagegrund oder die Grundlage eines Gegenrechts aus mehreren Tatsachen zusammen, wie z. B. bei dem Anspruch auf Darlehnszinsen aus der Hingabe des Darlehns und dem Zinsversprechen oder bei dem Anspruch auf Pachtgeld aus dem Vertragschluß und der Überlassung der Pachtsache, so stehen die mehreren Beweissätze (themata probandi) zueinander im kumulativen Verhältnisse. Der Beweis ist nur geführt, wenn alle diese Tatsachen bewiesen sind, und er ist ganz mißlungen, wenn er nur hinsichtlich einer von diesen Tatsachen mißlingt oder durch Gegenbeweis widerlegt wird. Umgekehrt können mehrere Beweissätze auch im alternativen Verhältnisse zueinander stehen, wenn nämlich von den mehreren Tatsachen die eine oder die andere bereits genügt, um die Voraussetzungen der behaupteten Rechtswirkung zu erfüllen. So genügt z. B. zum Ausschlusse der Gewährleistung für einen Mangel der verkauften Sache entweder der Verzicht des Käufers auf Gewährleistung oder seine Kenntnis des Mangels bei der Annahme. Der Verkäufer braucht daher nur den Verzicht oder nur die Kenntnis des Käufers zu beweisen; aber das Mißlingen des einen Beweises macht die Erhebung des über die andere Tatsache angebotenen Beweises noch nicht entbehrlich (387). Der Beweis des Geschäftsinhalts fällt dem, der das Geschäft geltend macht, auch dann zu, wenn der Gegner nicht einfach den Abschluß des Geschäfts leugnet, sondern einen abweichenden Inhalt des Geschäfts behauptet (Entw. I § 196). Fordert der Verkäufer den angemessenen Preis und behauptet der Käufer, es sei ein bestimmter (niedrigerer) Preis vereinbart, so liegt darin ein Leugnen des Kaufes zum angemessenen Preise und der Verkäufer muß beweisen, daß eine Preisabrede nicht getroffen ist. Das gleiche gilt, wenn der Käufer angibt, es sei nur auf Probe oder nur unter einer aufschiebenden Bedingung gekauft; der Verkäufer muß dann entweder den unbedingten Kauf oder den Eintritt der aufschiebenden Bedingung beweisen. Bei der auflösenden Bedingung steht es gerade umgekehrt. Zu den notwendigen Voraussetzungen der Rechtswirkung gehört es nicht, daß das Geschäft ohne auflösende Bedingung errichtet sei. Der Gegner hat als Gründe der Rechtsaufhebung zu beweisen: erstens, daß dem Geschäft eine Endbedingung zugefügt und zweitens, daß diese Bedingung eingetreten sei. Der Entw. I § 196 stand hier auf dem entgegengesetzten Standpunkte (388). Die Erfahrungssätze beeinflussen als Beweisgründe die Beweiswürdigung in höherem oder geringerem Grade, sind beim indirekten (Indizien-)Beweise von besonderer Wichtigkeit, spielen aber bei jeder Beweisführung (abgesehen von dem rein formalen Eidesbeweis) eine Rolle. Ein Erfahrungssatz kann derartig ins Gewicht fallen, daß er zur vorläufigen Feststellung einer zu beweisenden Tatsache genügt und den Gegner des Beweisführers zum Gegenbeweis nötigt. Man sagt dann, das regelmäßige sei zu „vermuten" und der Gegner müsse das von Regel abweichende beweisen. Die Beweislast wird aber dadurch nicht geändert, sondern nur die Beweisführung verschoben: Der Hauptbeweis ist von vornherein erbracht und es kommt nur noch darauf an, ob der Gegenbeweis gelingt (388). Die Ergänzungsregeln gelten nur dann, wenn das Geschäft über die dispositiv normierten Rechte und Pflichten der Beteiligten eigene Bestimmungen nicht enthält, also der Ergänzung bedarf. Zum Beweise des Vertragsinhalts gehört daher auch die Darlegung, daß über die von der Ergänzungsregel berührte Frage weder ausdrücklich noch stillschweigend etwas vereinbart ist. Die Angabe

des Gegners, es seien bestimmte, vom dispositiven Rechte abweichende Abmachungen getroffen, z. B. eine sechsmonatige Kündigungsfrist statt der gesetzlichen von drei Monaten bedungen, stellt sich somit als ein Leugnen des Klagevortrags dar. Der Einredetheorie ist zuzugeben, daß in vielen Fällen die Lebenserfahrung es wahrscheinlich macht, daß die Beteiligten ohne besonderen Anlaß Abweichungen von dem nach der Verkehrsanschauung regelmäßigen Geschäftsinhalte nicht bedungen haben werden. Das trifft aber nur bei solchen Ergänzungsregeln zu, die unter den obwaltenden Umständen gewöhnlich nicht ausgeschlossen oder wegbedungen zu werden pflegen. In anderen Fällen, namentlich wenn Formularverträge verkehrsüblich sind, wie im Versicherungsrecht und bei der Wohnungsmiete, kann umgekehrt der vertragliche Ausschluß gewisser Dispositivnormen sogar als das Gewöhnliche erscheinen (389). Hinsichtlich der Beweislast wird man die Auslegungsregeln den Dispositivvorschriften grundsätzlich gleichzustellen haben. Die Partei, welche sich auf die Anwendung einer Auslegungsregel beruft, wird also durch vollständiges Aufdecken des Geschäftsinhalts und der den Geschäftsschluß begleitenden Umstände darlegen müssen, daß Umstände, die zu einer von der Auslegungsregel abweichenden Willensfeststellung führen, im Streitfalle nicht hervorgetreten sind. Will der Gegner aus besonderen Tatsachen den Schluß auf eine abweichende Willensmeinung herleiten, so bilden jene Tatsachen den Gegenstand einer ihm obliegenden indirekten Gegenbeweisführung (389 f.). In manchen Gesetzesvorschriften ist, ohne daß das Wort „Vermutung" gebraucht wird, nur die Beweislast in der Weise geregelt, daß eine bestimmte Rechtswirkung anzunehmen ist, sofern nicht der Gegner das Gegenteil einer näher bezeichneten Tatsache beweist; z. B. AnfG. § 3 Nr. 2. Hier ist, insbesondere durch den Zusammenhang mit § 3 Nr. 1 AnfG., noch erkennbar, daß die Beweislastverteilung auf einer nur nicht ausdrücklich ausgesprochenen gesetzlichen Vermutung beruht. Andere Gesetzesvorschriften erreichen das Ziel, den Beweis eines Rechtes zu erleichtern, indem sie für dieses Recht besondere vereinfachte Voraussetzungen aufstellen. Eine Tatsache, die ohne die Sondervorschrift notwendige Voraussetzung des Anspruchs wäre, wird als Erfordernis des Rechtes ausgeschaltet und es wird dafür einer Tatsache entgegengesetzter Art rechtshemmende Kraft verliehen. Die Folge ist auch hier, daß der Angreifer eine Tatsache weniger zu beweisen hat und der Verteidiger eine Gegentatsache mehr (391). Eine Umkehrung der Beweislast findet, abgesehen von dem Eingreifen einer Rechtsvermutung oder einer auf Vermutung sich gründenden ausdrücklichen Beweislastvorschrift, niemals statt. Ein Verschieben der Beweisführung, wie es durch die Wahrscheinlichkeitsschlüsse aus Erfahrungssätzen und überhaupt durch das vorläufige Ergebnis schon erhobener Beweise eintritt, ändert die Beweislast als solche nicht (392). Die Satzbaulehre des BGB. ist nicht als gesetzlich bindend anzusehen. (Vgl. auch Leonhard, Beweislast 120 ff.)

3. Die Beweisverteilung. *M. Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. (auch im ACivPr. 97 211 ff., 98 169 ff. erschienen). Bei der cautio indiscretia hat grundsätzlich der Schuldner Hilfsgeschäftsfunktion und Grundobligation darzulegen, sobald beides sich nicht aus der Klagebegründung ergibt. Dieser Grundsatz modifiziert sich in der praktischen Anwendung einmal durch die freie richterliche Beweiswürdigung und ferner durch das Prinzip der Tatsachenanalysierung. Die freie Beweiswürdigung wird namentlich funktionieren, wenn eine Partei, die nähere Angaben zu machen imstande ist, mit solchen zurückhält. Das Prinzip der Tatsachenanalysierung ergibt, daß, soweit irgend möglich, die Parteien zu konkreten positiven Behauptungen zu nötigen sind, da bloße Aufstellung allgemein gehaltener Negativen (z. B. ich

bestreite, daß der Vertrag unbedingt geschlossen) nicht gestattet wird. Bei richtiger Anwendung dieser modifizierenden Prinzipien, die bald zu einer Verschiebung des Beweises, bald zu einem dem Schuldner aufzuerlegenden Ergänzungseide führen können, entstehen keine für den letzteren unerträglichen Beweissituationen. Daß die Mangelhaftigkeit des aufgedeckten Kausalverhältnisses vom Schuldner, ein eventueller Ausschluß des Irrtums gemäß § 814 vom Gläubiger zu beweisen ist, dürfte unbestritten sein. — An die cautiones indiscretae schließen sich zunächst die Schuldscheine mit fiktiver causa an, die entsprechend zu behandeln sind. Bei den Darlehnsschuldscheinen, die angeblich in Erwartung der Valutazahlung ausgestellt sind, muß auch, wenn eine selbständige Verpflichtung im Sinne der §§ 780, 781 vorliegt, die freie Beweiswürdigung entscheiden. (Vgl. näheres u. zu §§ 780 ff.)

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung (zu §§ 241—304): Die ebenso umfang- wie inhaltreiche Vorgruppe, die diesmal — in JDR. 4 betrug ihr Umfang eine Seite — dem Rechte der Schuldverhältnisse voranzustellen war, ist ein überaus erfreuliches Zeichen dafür, daß über den brennenden Fragen der täglichen Praxis die grundlegenden Probleme nicht vergessen werden. So beschäftigen sich Kretzschmars und Sibers Arbeiten mit den schwierigsten Problemen des Schuldverhältnis-Begriffs, seinem Wesen, seiner Art, seinem Umfange, seinem Inhalte. Über gemischte Verträge hat Höniger geschrieben, zum Begriffe der Widerrechtlichkeit Zitelmann Beiträge geliefert, u. a. m. Gewiß wenden sich diese ersten Seiten vorzugsweise an die Aufmerksamkeit der Theoretiker; aber daß die dort verzeichneten Ausführungen vielfach die innigsten Beziehungen zur unmittelbaren praktischen Anwendung besitzen, dürfte aus den von den Verfassern oft herangezogenen praktischen Beispielen ohne weiteres erhellen. Auch im weiteren hat die Literatur manches Beachtenswerte gezeitigt. Aus Lehmanns umfassender „Unterlassungspflicht" sind wichtige Bemerkungen insbesondere zum § 275, zur Lehre vom Verzug und zur Frage der positiven Vertragsverletzungen (§ 276 Ziff. 3bα) abgedruckt, während Lesser über dieses Thema zum § 275 (Ziff. 2) berichtet hat; auch Golde (§ 276 Ziff. 3aβ) und Siber (Ziff. 3aα) haben es behandelt. Dieser Schriftsteller hat überhaupt Gelegenheit gefunden, recht zahlreiche Kapitel aus dem bürgerlichen Rechte bei seinen grundsätzlichen Erörterungen zu berühren, so insbesondere aus dem folgenden Teile die Wahlschuldverhältnisse (§§ 262 ff.), für die er neben Gernsheim aus dem vergangenen Berichtsjahre den Hauptautor bedeutet. Auch in diesem Zusammenhange ist schließlich noch Eltzbachers „Unterlassungsklage" zu erwähnen, eine theoretische Arbeit von höchster praktischer Bedeutsamkeit. Sein Selbstbericht findet sich auch an anderen Stellen dieses Jahrganges (vgl. insbes. o. hinter § 231). Trotz dieser und anderer bedeutsamer Erscheinungen auf dem Gebiete der Literatur ist es doch wohl die Praxis, die dem nachstehenden Abschnitt ihr charakteristisches Merkmal aufgedrückt hat. Sieht man von der oben des näheren beleuchteten Vorgruppe und den umfassenden Fragen allgemein theoretischer Natur ab, so gebührt ihr eigentlich (nimmt man die §§ 275 und 262 ff. aus) fast überall — namentlich quantitativ — die Vorhand. Reichlich behandelt ist wieder der Kausalzusammenhang in mannigfachen Erkenntnissen (§ 249 Ziff. 3). **RG. JW 06** 231 (Ziff. 3bε) will nichts davon wissen, daß die durch den Entschädigungsprozeß hervorgerufenen schädigenden Wirkungen mit der verletzenden Handlung selbst in adäquatem Kausalzusammenhange stehen. Das scheint richtig, obwohl es u. U. zu Unbilligkeiten führen kann. Zu dem wieder den meisten Raum beanspruchenden § 254 sind die alten Themata von neuem erörtert und meist im Anschluß an die frühere Rechtsprechung entschieden worden. Die Frage, wann und wieweit der Verletzte verpflichtet sei, zur Heilung mitzu-

wirken, sich operieren zu lassen, kann auf Grund der im Berichtsjahre wieder sehr reichlichen Behandlung (§ 254 Ziff. 5) nunmehr in den Umrissen als geklärt angesehen werden. Theoretisch nicht ohne Bedeutsamkeit sind die diesmal sehr interessanten wichtigen Tatbestände zu Ziff. 10d und e; das RG. verlangt von einem Käufer, daß er seinen Vertragsgegner, der ihm sukzessive zu liefern hatte, darauf aufmerksam machen müsse, daß ihm infolge von persönlichen Umständen und besonderen in seinen geschäftlichen Dispositionen begründeten Verhältnissen aus dem Lieferungsverzuge ein ungewöhnlich hoher Schaden erwachsen könnte. Dieser außerordentlich gesunde Rechtssatz ist zweifellos der allgemeinen Anwendung auf gegenseitige Vertragsbeziehungen und Schuldverhältnisse im weitesten Umfange fähig. Die Fälle zu Ziff. 10e sind auch prozeßrechtlich sehr interessant. Aus dem übrigen reichhaltigen Materiale sei der zu Ziff. 10b ausgesprochene Rechtssatz hervorgehoben, wonach der Eigentümer eines Automobils, der Insasse eines Gefährts, soweit er in der Lage auf den Führer einzuwirken, auch verpflichtet ist, einzugreifen, wenn er wahrnimmt, daß dieser durch die Art seines Fahrens andere gefährdet. Dieser Satz ist neuerdings auch auf dem Gebiete des Strafrechts aus Anlaß des Köstitzer Automobilunglücks von der Strafkammer zur Geltung gebracht worden. Er ist weitgreifend, aber nicht unbedenklich. Zu §§ 269 ff. wie zum § 273 (Ziff. 7) waren vorzugsweise Einzelfälle zu verzeichnen; die grundlegenden Fragen treten zurück; der (oben erwähnten) Literatur zum § 275 fügt sich eine interessante Rechtsprechung an (Ziff. 5). Auch zu § 276 ist der besonders bemerkenswerten theoretischen Beiträge schon oben gedacht. Aus dem reichhaltigen Materiale, das zu den gewohnten Überschriften die Rechtsprechung beigesteuert hat, sei die Entscheidung des **RG. 62** 264 ff. zum § 278 Abs. 2 (Ziff. 4) hervorgehoben. Sie entbehrt nicht eines gewissen pikanten Beigeschmacks, da in ihr Bestimmungen der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal, als mit den guten Sitten nicht vereinbar, für unwirksam erklärt werden Unter Ziff. 5e bei γ meint das RG., daß ein Richter wohl als fahrlässig anzusehen wäre, wenn er in einer streitigen Frage gegen eine Entscheidung des RG. oder KG. handeln würde, die alle Zweifel in der betreffenden Rechtslage abschneidet. Daß dieser Satz nicht unbedenklich ist, liegt auf der Hand. Eine eingehende Beleuchtung, für die es hier an Raum gebricht, wäre erwünscht. Reichhaltiges Material in einzelnen Tatbeständen findet sich auch wieder zum § 278. Der Schuldnerverzug hat hauptsächlich theoretische Behandlung erfahren, der Gläubigerverzug begnügt sich wie immer mit bescheidenem Raume.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Zu §§ 241 ff. Literatur: Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes. Berlin 1906. — Hoeniger, Vorstudien zum Probleme der gemischten Verträge. Freiburg 1906. — Josef, Die zivilrechtlichen Folgen des Selbstmordes, GruchotsBeitr. **50** 29—42. — Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, ÖstZBl. **06** 705 ff., 799 ff., 888 ff. — Kretzschmar, Die Erfüllung. Leipzig 1906. — H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906. — Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen im BGB., Tübingen 1905, ACivPr. **98** 169—346. — Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, ACivPr. **98** 372—419. — Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JheringsJ. **50** 55—276, KrVSchr. **46** 531 ff. — Spitzer, Konstruktion und Interessenerwägung als Faktoren der Rechtsprechung, AÖstGZ. **06** 113—117. — Wilutzky, Die Verfügungen des BGB., ABürgR. **28** 53—80. — Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, ACivPr. **99** 1 ff. Sonderabdruck Tübingen 1906.

1. Auslegung. (JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 8.) Spitzer, wendet sich gegen Stampe (JDR. **4** zu §§ 241 ff. Ziff. 1a). Die Aufgabe des Richters muß darin bestehen, überall dort, wo er im speziellen Falle ein Interesse vorfindet, welches geschützt zu werden verdient, zu untersuchen, ob auf dem Wege der juristischen Konstruktion der wünschenswerte Satz gewährt werden kann. Aber neben dieser offiziellen Aufgabe erwächst ihm noch eine höhere Mission: die Erforschung des Prinzips, welches geeignet ist, das fragliche Interesse zu schützen,

um durch dieses Prinzip das Rechtssystem zu bereichern. Die theoretischen Juristen werden die Grundsätze der Konstruktion festzustellen, die Absteckung der Grenzen für die juristische Deduktion vorzunehmen haben. Der Gedanke der Interessenabwägung ist zweifellos ein richtiger und ergiebiger, allerdings nicht als Freibrief für höchste richterliche Subjektivität, sondern als eines der Prinzipien einer juristischen Methodik. Indes als Panacee kann man dieses Prinzip nicht gelten lassen. Es besteht noch immer das Bedürfnis nach einer systematischen Bearbeitung einer Methode der Rechtsanwendung.

2. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. (S. JDR. 3 Ziff. 4, 4 Ziff. 2.) **a**) *Kretzschmar untersucht die Abhängigkeit des Erfüllungsbegriffs vom Obligationsbegriff und seine Abgrenzung von den anderen Obligationstilgungsakten. Die Untersuchung gelangt zu dem Ergebnisse, daß die Leistungsbewirkung als Konkretisierung des Obligationsinhalts von dem mit Tilgungsbestimmung vorgenommenen Rechtsgeschäfte begrifflich zu scheiden sei, und verfolgt die hieraus hervorgehenden Konsequenzen. Es wird auf das Verhältnis der Erfüllung zum Obligationsinhalt näher eingegangen, die Anwendbarkeit des Begriffs auf die negativen Obligationen geprüft und die Befriedigung dinglicher Ansprüche auf ihr Verhältnis zum Erfüllungsbegriffe hin untersucht. **b**) Wilutzky — vgl. a. JDR. 3 Ziff. 6 — erörtert eingehend den Begriff der Verfügung und seiner Bedeutung für die Sonderung des alten obligatorischen Vertrags in ein selbständiges Versprechen und ein selbständiges Erfüllungsgeschäft. **c**) Binder, Der Gegenstand, GoldschmidtsZ. 59 22—26, über das Wesen des Forderungsrechts als Vermögensrechts gegen Sohm, Der Gegenstand (1905) 189/190 (Bedeutung des Moments der Veräußerlichkeit oder Unveräußerlichkeit?). S. a. 32 ff., 35 ff. (Begriff des Vermögens). S. ferner o. zu § 90 Ziff. 1. **d**) *M. Rümelin (s. u. zu §§ 781 ff.), sagt über die causa bei obligatorischen Verträgen: Von einer hinter dem Rechtsgeschäfte stehenden causa (einem Rechtsgrunde, Zuwendungszweck oder Verkehrszweck) ist nur die Rede bei den sog. Hilfs- oder Gliedgeschäften (Stampe, Das Kausaproblem), mittels deren eine vereinbarte oder gesetzlich angeordnete Güterschiebung vollzogen, modifiziert oder gesichert wird. Während man bei den dinglichen Ausführungsgeschäften (z. B. Eigentumsübertragungen) gewohnt ist, die Kausafrage mit der Frage nach dem Entgelt zu identifizieren und so, wenn auch in mangelhafter logischer Gliederung, zu den Kategorien causa solvendi — credendi — donandi — gelangt, hat bei den die Durchführung einer Grundobligation erleichternden, sichernden oder modifizierenden Obligationsbegründungen eine andere Begriffsbildung eingesetzt. Man pflegt das Grundgeschäft (etwa den Kauf) oder die Grundobligation (z. B. die Schadensersatzschuld) als die Kausa derjenigen obligatorischen Hilfsgeschäfte zu bezeichnen, die eine von der Existenz der Grundobligation unabhängige Wirkung hervorzubringen imstande sind (sog. selbständige oder abstrakte Obligationen). Obwohl diese Vorstellungsweise in der bisherigen Literatur nicht konsequent durchgeführt wurde, ist es doch angezeigt, sie für die Zukunft zugrunde zu legen, da sie zu einer klaren und fruchtbringenden Fragestellung bei den sog. abstrakten Obligationen führt. Sie zwingt dazu, zum Zwecke der vollständigen Erklärung jener Obligierungsgeschäfte zweierlei aufzudecken: a) Welches ist die spezifische Hilfsgeschäftsfunktion des obligationsbegründenden Geschäfts? b) Welches ist die Grundobligation, zu der das Hilfsgeschäft in Beziehung steht? **e**) Zu kausalen Rechtsgeschäften. *Klein schlägt vor, auch in der Terminologie den Unterschied zwischen objektiven und subjektiven causae (vorhandene Verpflichtung, Delikt, Abschluß der Ehe nach verschiedenen Güterrechten — causa solvendi, credendi, donandi usw.) dadurch zum Ausdrucke zu bringen, daß die subjektiven causae mit dem treffenden Namen „Zwecksatzungen“ bezeichnet werden. S. auch u. zu § 305.

3. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. (Fortsetzung). *Siber: I. a) Das Wort hat einen weiteren und einen engeren Sinn. Im weiteren umfaßt es Stammlers „Sonderverbindung unter Privaten", zu der mehrere Ansprüche beider Parteien, sowie auch Kündigungs- und Rücktrittsrechte gehören können, im engeren nur den Einzelanspruch, aber auch den dinglichen, in seiner Keimfähigkeit betrachtet, der seinen Inhalt namentlich durch Verwandlung in einen Schadensersatzanspruch verändern, und der selbsttätig neue Ansprüche, z. B. auf Zinsen und Verzugsschäden, aus sich erzeugen kann. „Anspruch" ist ein noch engerer Begriff; er kann zwar in der Richtung auf die ursprüngliche und die eventuell geschuldete Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung als identisch betrachtet werden, aber er umfaßt nicht die neu aus ihm erwachsenen Nebenansprüche auf Zinsen, Verzugsschäden 2c., die vielmehr wieder, für sich allein betrachtet, Ansprüche sind. — Das Schuldverhältnis i. e. S. heute (76 f.), synonym mit Schuld, Verpflichtung, Verbindlichkeit, Forderung, umfaßt heute das primäre (früher Schuld) und das sekundäre, eventuelle (früher Haftung) Bekommensollen des Gläubigers, beide notwendig gewährleistet durch das Leistensollen des Schuldners und die Zwangsmacht (Klage, Vollstreckung, Selbsthilfe) des Gläubigers. (JheringsJ. 50 63, 76 f.) b) Die angeblichen Naturalobligationen (JDR. 3 Ziff. 4c) des heutigen Rechtes sind überhaupt keine Rechtspflichten, sondern nur vom Standpunkt der Sittlichkeit, des Anstandes, der Sitte betrachtet, Pflichten. Zum Wesen der Rechtspflicht gehören zwar nicht notwendig ein unmittelbarer Rechtszwang, aber doch eine ihre Erfüllung durch Verheißung von Vorteil (vgl. pr. 1, 1 de just. 1, 1) oder Androhung von Nachteil fördernde Reaktion der Rechtsordnung, also notwendig eine Reaktion auf die unerfüllte Pflicht. Der sich bei den angeblichen heutigen Naturalobligationen allein findende Ausschluß der condictio indebiti ist bloße Reaktion auf die erfüllte Pflicht, also keine Förderung der Erfüllung und deshalb nicht Kriterium einer Rechtspflicht. (JheringsJ. 50 64 ff., 69 ff., 76 f., 84 f.) c) Indirekte Verpflichtungen (v. Buchka, JDR. 3 Ziff. 4 d) liegen vor, wenn die Rechtsordnung einen bestimmten Erfolg anders als durch unmittelbaren Rechtszwang fördern will, z. B. Mäklervertrag, Vertragsstrafe ohne Hauptverpflichtung — aber nicht, wenn ihr der entgegengesetzte Erfolg gleich erwünscht ist, wie bei den angeblichen Pflichten des Käufers zur Mängelrüge, des Erben zur Inventarerrichtung (JheringsJ. 50 66 ff.). Die öfters genannten Pflichten, den — direkt oder indirekt — geschuldeten Erfolg vorzubereiten, zu seiner Vereitelung geeignete Handlungen zu unterlassen u. dgl., sind weder direkte noch indirekte Verpflichtungen, weil ihre Erfüllung keinen dem Gläubiger gebührenden Erfolg hat. (JheringsJ. 50 174 ff., 178 ff.; vgl. unten V.) Die indirekte Verpflichtung ist im Sinne des BGB. keine „Schuld" (76 f.).

II. Das primäre Bekommensollen des Gläubigers, die „Schuld" im älteren Sinne, wird heute von der Rechtsordnung gewährleistet: a) Durch das Leistensollen des Schuldners. b) Durch die Zwangsmacht des Gläubigers, deren Zweck heute Zwangserfüllung der Schuld ohne den Willen des Schuldners, ist, nicht mehr wie auf früheren Rechtsstufen Ersatz wegen Nichterfüllung; sie ist deshalb heute nicht mehr „Haftung". c) Durch Androhung der sekundären Schadensersatzpflicht. — Neben diesen in jedem Schuldverhältnis notwendig enthaltenen Sanktionsmitteln können natürlich noch andere stehen, seien sie Verheißung von Vorteilen (z. B. Anspruch auf eine Gegenleistung) oder Androhung von Nachteilen (z. B. Vertragsstrafen). (JheringsJ. 50 75 f., 85 ff., 119 ff.)

III. Soll der vieldeutige (119 f., 169 ff.) Ausdruck „Haftung" im technischen Sinne verwandt werden, — vgl. hierzu „Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis", JDR. 3 Ziff. 4 b —, so ist er auf das zu beschränken, was bestimmt ist, dem

Gläubiger Ersatz wegen Nichterfüllung einer primären Rechtspflicht zu verschaffen (62 f., 85 ff.). Die „Haftung“ der Pfandsachen ist in diesem Sinne keine Haftung, weil der Zugriff in das Pfand zur Zwangserfüllung einer unbeschränkten, sog. persönlichen oder einer gegenständlich beschränkten Verpflichtung, zur „Leistung aus der Sache“ führt; nur bei nicht auf Geldleistung gerichteten Reallasten findet sich noch eine wahre Haftung, weil hier anstatt der primär geschuldeten Naturalleistung nur eine Geldleistung beigetrieben wird (155 ff., 163). — Ferner kann man insofern die Verpflichtung des Bürgen als Personenhaftung und das Pfandrecht an einer nicht dem Schuldner gehörigen Sache (Realbürgschaft § 1247), als Sachhaftung bezeichnen, als die vom Bürgen geschuldete oder aus der Pfandsache beizutreibende Leistung zwar nicht Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung, aber doch auch nicht Erfüllung der Hauptforderung ist, da sie nicht zum Erlöschen, sondern zum Untergang der letzteren führt (106 ff, 158 ff., 163). — Eine nach einheitlichen Grundsätzen zu beurteilende Haftung im technischen Sinne ist aber nur die sekundäre Pflicht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer primären Pflicht; einmal die Erfüllungshaftung (sog. kontraktliche) als Schadensersatzpflicht anstatt der primär geschuldeten Leistung (namentlich bei Unmöglichkeit) oder neben dieser (bei Verzug); weiter die Deliktshaftung als Schadensersatzpflicht wegen Verletzung einer Pflicht, die nicht Schuld, sondern nur Ausfluß des Verbotsgesetzes ist (122 ff., Ergebnis 163 ff.). Sie ist immer Personenhaftung, auch bei Realobligationen, sog. Verpflichtungen „mit beschränkter Haftung“ (151 ff., 160 ff.) und ist ebensogut wie die primäre Verpflichtung eine Schuld, d. h. ein durch Leistensollen des Schuldners, Zwangsmacht des Gläubigers und Androhung einer weiteren Ersatzpflicht wegen Verzögerung der Erfüllung gewährleistetes Bekommensollen des Gläubigers (121 f.). — Dem Typus einer „Schuld ohne Haftung“ entsprechen nur die indirekten Verpflichtungen, die aber im Gesetz nicht Schulden heißen, — nicht die angeblichen heutigen Naturalobligationen (64—77), dem einer „Haftung ohne Schuld“ nur die einer Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung eigener indirekter Verpflichtungen (z. B. Anzeigepflichten) oder fremder Verpflichtungen (bei Garantieverträgen) (103 ff., 122).

IV. Realobligation, gegenständlich beschränkte Verpflichtung, sog. Verpflichtung mit beschränkter Haftung. (KrVSchr. 50 124—163.) Sie ist nicht so zu denken, daß die Verpflichtung auf Leistung schlechthin gerichtet, die Vollstreckung aber nur in das „haftende“ Objekt zulässig wäre. Vielmehr geht auch die Verpflichtung nur auf Leistung „aus der Sache“ oder dem Sondergut, d. h. aus deren Nutzungen und Verkaufserlös, und der Schuldner hat nur die facultas alternativa, sich durch Leistung aus seinem sonstigen Vermögen zu befreien. Verpflichtung und Vollstreckungsmacht sind also hier ebenso kongruent, wie bei gegenständlich unbeschränkten, sog. „persönlichen“ Verpflichtungen. — Irrtümliche Leistung aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners ist, insbesondere auch bei Schiffsgläubigerrechten, der condictio indebiti unterworfen, wenn nicht, was keineswegs immer zutrifft, die Leistung des vollen Betrages durch sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht, § 814 BGB., geboten war (133 ff.). — Gegenständliche Beschränkung von Verpflichtungen kann beliebig vereinbart werden, hat aber natürlich nur unter den Voraussetzungen der Pfandbestellung auch die Wirkung, daß der Gläubiger an dem Objekt, aus dem zu leisten ist, ein Vorzugsrecht erwirbt; denn zwingendes Recht verbietet nicht die vertragsmäßige Beschränkung seiner Vollstreckungsmacht, wohl aber seine Bevorzugung hinsichtlich des Gegenstandes, auf den die Vollstreckungsmacht beschränkt wird. Gegenständliche Beschränkung liegt nicht vor, wenn nur einzelne Gegenstände von der Vollstreckungsmacht ausgenommen werden, was beliebig vereinbart

werden kann, aber ohne Wirkung für den Konkurs ist, — wohl aber, wenn die Leistung nur aus bestimmten Einzelsachen oder Vermögenskomplexen erfolgen und auch die Vollstreckung auf diese beschränkt sein soll (129 ff.). — Die Verpflichtung zur Leistung aus der Sache ist nicht auf facere (Verwertung des „haftenden" Gegenstandes), sondern auf dare (Leistung aus den schon vorhandenen oder noch zu erwerbenden Nutzungen und Verkaufserlös) gerichtet. Wenn außerdem eine Verpflichtung zur Verwertung besteht, was allerdings vorkommt, so ist diese selbständig und nicht, wie die zur Leistung aus der Sache, durch Verwertung der letzteren zu vollstrecken, sondern gemäß § 887 ZPO. (139 ff.). — Die Realobligation schließt nicht notwendig ein Recht des Gläubigers zur Verwertung des Gegenstandes, aus dem zu leisten ist, in sich, ebensowenig ist umgekehrt mit jedem Verwertungsrecht des Gläubigers eine Realobligation verbunden: Realobligationen ohne Verwertungsrecht sind die Verpflichtungen zur Leistung aus Sondervermögen, auch des „beschränkt haftenden" Erben aus dem Nachlaß, ausgenommen die mit gesetzlichem Pfandrecht verbundenen Schiffsgläubigerrechte, ferner die Verpflichtung des Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern und der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers (§ 1003 BGB.). — Absolutes Verwertungsrecht ohne jede Obligation ist die Grundschuld am derelinquierten Grundstück (132, 152), solches ohne Realobligation ist das Fahrnispfandrecht mit Ausnahme des schiffahrtsrechtlichen (145 f.), solches mit Realobligation die Hypothek und Grundschuld (138 f.), sowie das Schiffsgläubigerrecht. — Relatives Verwertungsrecht ohne Realobligation ist der Verwendungsanspruch des Fahrnisbesitzers, § 1003 BGB. (147); auch ist es kraft Vereinbarung, insbesondere kraft Konversion der nach § 1206 nichtigen Fahrnispfandbestellung möglich (127 f.). — Die Haftung ist bei Realobligationen ebenso, wie bei unbeschränkten Verpflichtungen, bloße Ersatzpflicht wegen Vereitelung oder Verspätung der Erfüllung, also nicht Sachen-, sondern Personenhaftung. Die Ersatzpflicht ist ebenso, wie die primäre Leistungspflicht, eine Pflicht zur Leistung aus dem „haftenden" Gegenstand; daher folgt aus der Realobligation nicht eine Ersatzpflicht wegen Verschlechterung oder Zerstörung des letzteren. Eine solche kann sich nur aus einer gelegentlich neben der Realobligation stehenden Verpflichtung zur Verwaltung des „haftenden" Gegenstandes ergeben (60). — Der zur Vollstreckung in den „haftenden" Gegenstand führende Schuldtitel auf Grund der Realobligation ist, wenn die Verpflichtung ipso jure (nicht, wie bei der beschränkten Erbenhaftung, kraft Einrede) gegenständlich beschränkt ist, die Verurteilung zur Leistung aus der Sache oder dem Sondergut. — Ein zur Vollstreckung in die Sache führender Schuldtitel auf Grund des Verwertungsrechts ist nicht zu denken; denn jeder Schuldtitel setzt einen Anspruch voraus; ein Anspruch aus Verwertungsrecht könnte aber nicht auf Leistung, sondern nur auf Duldung gehen und deshalb nicht durch Verwertung der Sache, sondern nur durch Strafandrohung vollstreckt werden. Wo das Gesetz die Verwertung nur durch Zwangsvollstreckung geschehen läßt (Grundstückspfandrechte, Schiffsgläubigerrecht, Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers, § 1003 BGB.), beruht der dafür erforderliche Schuldtitel auf der hier stets vorhandenen Realobligation; wo es die Verwertung, außer durch Privatverkauf, auch durch Vollstreckung in die Sache zuläßt (Fahrnispfandrecht, § 1233 Abs. 2 BGB., Verwendungsanspruch des Fahrnisbesitzers, § 1003 BGB., kaufmännisches Zurückhaltungsrecht), besteht keine Realobligation und ist deshalb Vollstreckung in die Sache aus einem zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Schuldtitel nicht zu denken; die Grundlage der Vollstreckung ist vielmehr eine solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit; unter dem im § 1233 Abs. 2 fälschlich so genannten vollstreckbaren Titel ist die urteilsmäßige Feststellung des Verkaufsrechts

zu verstehen, der damit die ihr nach der ZPO. nicht zukommende Vollstreckbarkeit beigelegt wird (142 ff.). ⇛ Gegenständlich beschränkt ist eine Verpflichtung nicht schon dann, wenn die primär geschuldete Leistung aus einem bestimmten Vermögenskomplex zu bewirken ist, sondern nur dann, wenn auch die Haftung, die sekundäre Ersatzpflicht auf diesen Komplex beschränkt ist. Verspricht bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Mann die Leistung einer zu seinem Vorbehaltsgut gehörigen Spezies, so soll die primär geschuldete Leistung aus dem Vorbehaltsgut bewirkt werden; die Verpflichtung ist aber keine gegenständlich beschränkte, weil die Verpflichtung auch nach Ausscheiden der Sache aus dem Vorbehaltsgut fortbesteht und weil die Ersatzpflicht wegen Vereitelung oder Verzögerung der Erfüllung nicht auf dieses Gut beschränkt, sondern nach § 1459 Gesamtgutsverpflichtung ist. Darum ist nach § 1446 Satz 2 auch zum Versprechen, eine im Vorbehaltsgut des Mannes befindliche Spezies zu schenken, die Einwilligung der Frau erforderlich. Dagegen ist ein Schenkungsversprechen des Mannes mit gegenständlicher Beschränkung auf das Vorbehaltsgut ohne Zustimmung der Frau wirksam, weil die Verpflichtung hier stets, auch als Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung, auf das Vorbehaltsgut beschränkt und keine Gesamtgutsverpflichtung ist. ⇚

V. Erfüllung des Leistensollens ist nicht Erfüllung der Schuld, weil sie nicht immer hinreicht, um das Bekommensollen des Gläubigers, den ihm gebührenden Erfolg zu verwirklichen. Zur Schulderfüllung bedarf es nach § 295 BGB. oft der Mitwirkung des Gläubigers; ja nach § 243, 2 BGB. kann der Schuldner alles „seinerseits zur Leistung Erforderliche" getan haben und doch die Erfüllung der Schuld weder geschehen, noch unmöglich geworden sein. Erfüllung der Schuld durch freiwillige Leistung liegt erst vor, wenn das dem Schuldner obliegende Verhalten, sei es allein oder zusammen mit anderen Umständen, zu dem geschuldeten Erfolge geführt hat (173 ff.). — **a)** Die Schuld, wie der geschuldete Erfolg, ist nur bei teilbaren oder zusammengesetzten Leistungen zerlegbar; das Leistensollen kann dagegen stets in zahlreiche Einzelpflichten zerlegt werden, die weder direkte, noch indirekte Verpflichtungen sind, z. B. zur Anschaffung, zur Versendung, zur Nichtzerstörung der Kaufsache. Die Rechtssprache erwehrt sich des Doppelsinnes von Schuld gleich Bekommen- und Leistensollen und von Leistung gleich Leistungserfolg und Leistungsverhalten, indem sie Leistensollen und Leistungsverhalten da, wo sie nicht zum geschuldeten Erfolg führen, in Einzelpflichten und Einzelverhalten zerlegt. Die Bedeutung der letzteren besteht aber nur darin, daß ein für Unmöglichwerden oder Verzögerung des Leistungserfolges ursächlicher Verstoß gegen solche Einzelpflichten zum objektiven Tatbestand der Haftung im Sinne der Schadensersatzpflicht des Schuldners gehört (177 ff., 188 f., 200). Staubs positive Vertragsverletzung ist, objektiv betrachtet, ein Verstoß gegen solche Einzelpflichten und deshalb nur in der Ursächlichkeit für Unmöglichwerden oder Verzögerung des Leistungserfolges bedeutsam; sie ist nicht ein dritter Grund der Ersatzpflicht neben Unmöglichwerden und Verzug (180 ff., 189 ff., vgl. §§ 280, 286). — **b)** Der subjektive Tatbestand der Haftungsvoraussetzungen ist gegeben, wenn der für Vereitelung oder Verzögerung des geschuldeten Erfolges ursächliche Verstoß gegen das Leistensollen auf einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist. Die Vorstellung einer „Diligenzpflicht" des Schuldners ist ohne Beziehung auf den konkreten objektiven Tatbestand der Haftungsvoraussetzungen ganz inhaltslos und in Verbindung mit diesem unrichtig: ein mit der erforderlichen Sorgfalt unternommener, aber fehlgeschlagener Leistungsversuch erfüllt weder das Bekommensollen, noch das Leistensollen, da der Schuldner so lange zur Wiederholung des Versuches verpflichtet bleibt, bis der geschuldete Erfolg eingetreten oder unmöglich geworden ist; Bekommensollen, wie Leistensollen gehen

also weit über den Leistungsversuch mit der erforderlichen Sorgfalt hinaus. Die Bedeutung des Sorgfalts- oder Verschuldungsmaßstabes ist nur, daß der Schuldner nicht haftet, d. h. nicht ersatzpflichtig wird, wenn der geschuldete Erfolg trotz eines mit der gebotenen Sorgfalt unternommenen Leistungsversuches unmöglich oder verzögert wird (212 ff., 267 f.).

4. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. Insbesondere zusammengesetzte Verträge. (Vgl. JDR 3 Ziff. 4 ff., 4 Ziff. 2a.) *Hoeniger. Die Arbeit versucht die methodischen Grundlagen zur Lösung des Problems aufzusuchen. Der gemischte Vertrag wird definiert als solcher, bei welchem der von den Parteien gesetzte Vertragstatbestand sich aus ganzen im Gesetz normierten Tatbeständen oder auch nur Teilen derselben zusammensetzt. Solche gemischten Verträge kommen in zwei Grundformen vor, nämlich mit und ohne Typenvermengung. Die Grundform mit Typenvermengung zerfällt in drei Gruppen: a) gem. Vertrag mit doppelter Subsumierbarkeit, wenn z. B. Dienste gegen Wohnungsüberlassung geleistet werden und man den ganzen Vertrag mit gleichem Rechte Miete wie Dienstvertrag nennen kann; b) überhaupt nicht subsumierbare gem. Verträge, wie etwa der Pensionsvertrag; c) gem. Vertrag mit Typenvermengung, trotz eindeutiger Subsumierbarkeit. Hierher gehören Gesellschaftsverträge, bei denen Arbeit oder Sachleistung ꝛc. als Beitrag versprochen wird (vgl. zu § 705). Die Grundform ohne Typenvermengung entsteht dadurch, daß zu einem typischen Tatbestand ein für den Typus nicht wesentliches Tatbestandsstück aus einer anderen Vertragskategorie hinzutritt, z. B. wenn bei einem Werkvertrag das nur beim Dienstvertrag geregelte Tatbestandsstück vorkommt, daß der Arbeiter in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird, oder bei der Miete der nur in Verbindung mit dem Kaufe geregelte Tatbestand, daß die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist („Gattungsmiete"). Man hat wohl in diesen Fällen von Analogie gesprochen. — Diese Formen der gemischten Verträge sind lediglich aus den Tatbeständen des speziellen Obligationenrechtes des BGB. gebildet. Es ergeben sich noch eine große Reihe möglicher Kombinationen, wenn man die Vertragstatbestände anderer Rechtsquellen, wie des HGB., der GewO. ꝛc. hinzunimmt. — Das Problem der gemischten Verträge besteht in der Frage: welche Rechtsfolgen zieht der gemischte Vertragstatbestand nach sich? Aus rein logischer Erwägung ergeben sich drei Möglichkeiten: a) der gem. Vertrag wird lediglich nach den allgemeinen Normen des II. Buches des BGB. behandelt, weil er unter keine der speziellen Vertragstypen restlos paßt. Diese Behandlungsweise wäre aber ganz offenbar unzureichend; b) ein Teil des Tatbestandes (Hauptleistung) überwiegt derart, daß nur die ihm zugehörigen Rechtsfolgen zur Anwendung kommen und alle anderen absorbiert werden. Diese „Absorptionstheorie" wird von Lotmar in seinem Arbeitsvertrag verteidigt; c) der kombinierte Tatbestand zieht kombinierte Rechtsfolgen nach sich. Diese „Kombinationstheorie" wird für richtig erachtet; ihre ausführliche Begründung ist späterer Untersuchung vorbehalten. — Jedem Versuch einer Lösung des Problems muß eine genaue Erforschung der Struktur des gem. V. vorausgehen. Es müssen die gesetzlichen Tatbestände in ihre Elemente zergliedert und die so gefundenen Tatbestandselemente nach eigenen Regeln zu dem neuen Gebilde des gemischten Vertrages zusammengesetzt werden. — Das zweite Kapitel der Arbeit gibt den Versuch einer Methode zu dieser Zerlegung des Tatbestandes. — Das dritte Kapitel sucht die Regeln aufzufinden, nach denen sich die Kombination der durch die Zergliederung gefundenen Elemente vollzieht.

5. Widerrechtlichkeit und Rechtswidrigkeit. *Zitelmann. Widerrechtlichkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung ist gleich Verbotenheit, und zwar wird dieser Ausdruck im BGB. rein objektiv gebraucht, d. h. ohne Rücksicht auf das subjektive Verschulden des Täters, daher insbesondere auch auf das Kennen

oder Kennenmüssen der Tatumstände, die die Rechtswidrigkeit begründen („subjektive Rechtswidrigkeit"), und ebenso auf die Zurechnungsfähigkeit des Täters: objektiv rechtswidrig im Sinne des BGB. kann daher auch die Handlung eines Unzurechnungsfähigen sein, weshalb denn auch Notwehr gegen sie möglich ist (8). Die in §§ 823—826 genannten Handlungen sind an sich immer rechtswidrig, sofern nicht ein besonderer Grund des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit vorliegt; wenn § 823 Abs. 1 noch ausdrücklich Widerrechtlichkeit verlangt, so ist damit nur die Abwesenheit besonderer Ausschlußgründe erfordert. (Über das Verhältnis der privatrechtlichen zu den strafrechtlichen Ausschlußgründen s. 11—23. Ergebnis: Die sämtlichen für das Privatrecht anzuerkennenden Gründe des Ausschlusses der objektiven Rechtswidrigkeit müssen in gleicher Weise auch für das Strafrecht gelten, doch kann das Strafrecht mit der Anerkennung von Ausschlußgründen noch über das Zivilrecht hinausgehen.) — Die Widerrechtlichkeit einer an sich rechtswidrigen Handlung wird ausgeschlossen, abgesehen von den Notlagen (Notwehr, Notstand im Sinne von §§ 228 und 904 und der zur Selbsthilfe berechtigenden Gefahrlage), sowie von der Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt:

I. Dadurch, daß der Handelnde ein subjektives Privatrecht ausübt. Doch bedarf dieser Satz einer näheren Begrenzung: Eingriff in fremde Rechtsgüter, geschehend in Ausübung eines eigenen Darfrechts (absoluten Rechtes, Ausschlußrechts) oder Kannrechts, ist nicht rechtswidrig, außer wenn das verletzte Rt. dem ausgeübten Rt. gegenüber im Range vorgeht, insbesondere sich zu ihm als einschränkendes zum eingeschränkten Rt. verhält; nur der Eingriff in fremden Besitz ist, sofern er nicht in Ausübung eines Rechtsbesitzes geschieht, immer rechtswidrig, außer bei Einwilligung des Besitzers; zu dieser Einwilligung ist der Besitzer dem Rechtsinhaber gegenüber verpflichtet, aber sie bleibt, einmal gegeben, widerruflich. Ein obligatorisches Recht vermag den Eingriff in die Rechtsgüter des Schuldners nicht zu rechtfertigen; nur durch Einwilligung des Schuldners verliert hier der Eingriff seine Rechtswidrigkeit (47).

II. Durch Einwilligung. Diese Einwilligung ist Willenserklärung juristischen Inhalts (51 ff.), also Rechtsgeschäft, und zwar einseitiges, empfangsbedürftiges (59). Sie bewirkt, und zwar in gleichem Maße wie für das Privatrecht auch für das Strafrecht (56) den Ausschluß der Rechtswidrigkeit, sofern sie allen Erfordernissen der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts entspricht: ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Wille, Geschäftsfähigkeit und außerdem inhaltliche Zulässigkeit, d. h. sie darf nicht besonders für unwirksam erklärt (§§ 138 und 1092), oder verboten, oder gegen die guten Sitten verstoßend sein. Ist sie aus einem dieser Gründe nichtig, so bleibt die Handlung objektiv rechtswidrig, aber dem Handelnden kann doch die subjektive Rechtswidrigkeit mangeln, und häufig wird der Einwand eigener Schuld des Verletzten durchdringen (64, 70 ff.). Besondere Aufmerksamkeit verlangt das Erfordernis, daß die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoßen dürfe. Der Regel nach gültig ist die Einwilligung in den Eingriff in subjektive Privatrechte des Einwilligenden, es sei denn, daß ganz besondere konkrete Umstände das Gegenteil ergäben. Der Eingriff in sonstige Rechtsgüter muß hingegen jedesmal erst auf sein Verhalten zu den guten Sitten geprüft werden. Es kommt hier alles auf die Umstände des Falles an, insbesondere auf die Art der Verletzung, in die eingewilligt, und auf den Zweck, der mit der Einwilligung verfolgt wird: nur hier liegt die Bedeutung, die „der Zweck" hat (75). Durchgeführt wird dies kasuistisch für die Verletzung der Freiheit, etwa durch Einsperren (75 ff.), für die Verletzung des Lebens (77 ff.) und die Verletzung von Körper und Gesundheit. Insbesondere ist der ärztliche Eingriff, vor allem die Operation, deshalb und dann nicht rechtswidrig, weil und wenn eine durch ihren Zweck gerechtfertigte Einwilligung des

Behandelten vorliegt. — Jede Einwilligung, insbesondere auch die in ärztliche Behandlung, ist übrigens genau auf ihre Tragweite zu prüfen: ist in die Verursachung eines bestimmten Erfolges eingewilligt, so erstreckt sich diese Einwilligung an sich noch nicht auf unvorhergesehene schädliche Erfolge, die anstatt des erstrebten Erfolges oder neben ihm oder nach ihm eintreten; anders nur, wenn auch dieser schädliche Erfolg als möglicher mit in Rechnung gezogen war. Dann ist auch in den schädlichen Erfolg mit eingewilligt, allerdings nur, insofern er trotz sorgfältiger Ausführung sich ergeben sollte (87—93). Selbst aber wenn die Einwilligung einen so weitgehenden Inhalt hatte und wenn die Ausführung an sich sorgfältig erfolgt ist, kann doch noch eine Haftung des Handelnden dadurch begründet sein, daß er durch vorsätzlich oder fahrlässig schlechte Raterteilung die Einwilligung und damit mittelbar den schädlichen Erfolg selbst herbeigeführt hat. Die schlechte Raterteilung ist durch die Einwilligung nicht gedeckt (93 bis 94). Sie enthält in solchem Falle nicht bloß eine Verletzung der Vertragspflicht, sondern sie stellt, was besonders für die Frage der strafrechtlichen Haftung des Ratgebenden wichtig ist, eine unmittelbar rechtswidrige Handlung dar, weil durch sie indirekt der schädliche Erfolg (bei ärztlicher Behandlung also die Körperverletzung) verursacht ist. (96—99 Exkurs über fahrlässige Raterteilung außerhalb des Vertrags, s. zu § 676.) — Der Einwilligung steht die Genehmigung nicht gleich. Eine Genehmigung der rechtswidrigen Handlung, die mit rückwirkender Kraft ihre Rechtswidrigkeit beeinflussen könnte, gibt es nicht. Der Beschädigte kann nur auf den ihm erwachsenen Schadensersatzanspruch aus der rechtswidrigen Handlung verzichten, wodurch aber die Rechtswidrigkeit der Handlung rückwärts nicht aufgehoben wird (99 ff.).

III. Ein weiterer Grund des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit bei allen an sich rechtswidrigen Handlungen ist die nützliche Geschäftsführung. Die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in fremde Rechtsgüter ist ausgeschlossen, soweit der Handelnde als Geschäftsführer in den Grenzen des BGB. §§ 677 ff. tätig wird. Aus der gesamten Behandlung, welche die auftraglose Geschäftsführung im bürgerlichen Rechte findet, geht mit Sicherheit hervor, daß der Gesetzgeber diese ganze Hilfe begünstigen, nicht verhindern will, sie kann also weder privatrechtlich, noch strafrechtlich verboten sein (102 ff.); nur muß der Handelnde wirklich auch subjektiv im Interesse des Geschäftsherrn tätig werden wollen, und die Übernahme und Ausführung des Geschäfts muß auch objektiv dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen (näheres 107—109). Ist sie nicht in diesem Sinne „nützlich", so bleibt der Eingriff objektiv rechtswidrig, nur kann es wiederum leicht an der subjektiven Rechtswidrigkeit fehlen, wenn der Handelnde seine Geschäftsführung irrtümlich für nützlich hält. Kasuistisch durchgeführt wird dieser Grundgedanke 110 ff. für Sachbeschädigung, Züchtigung eines fremden Kindes und ärztliche Behandlung, insbesondere Operationen an bewußlosen Personen, oder in anderen Fällen, wo eine wirksame Einwilligung fehlt. Auch § 679 ist für die Rechtswidrigkeitsfrage zu verwerten, so daß sogar unter Umständen ein Eingriff gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Geschäftsherrn als nützliche Geschäftsführung und darum als objektiv nicht rechtswidrig gilt: insbesondere gehört zur gesetzlichen Unterhaltspflicht auch die Gewährung sachgemäßer ärztlicher Behandlung im Falle der Erkrankung; bei Gefahr im Verzuge kann also der Arzt auch gegen den Willen des Vaters ärztlich eingreifen (113 ff.). Auf ärztliche Eingriffe bei Selbstbeschädigungen läßt sich § 679 der Regel nach nicht anwenden, und selbst bei Handlungen zur Rettung bei Selbstmordversuchen trifft § 679 nicht unmittelbar zu, weil der Selbstmörder keine Rechtspflicht verletzt; doch ist hier vielleicht eine analoge Ausdehnung zulässig (115 ff.).

IV. Wenn ein Geschäftsfähiger Sachen des Geschäftsherrn an einen Dritten, der die Sachlage kennt, veräußert, sei es entgeltlich (120), sei es unentgeltlich (127), so wird der Dritte nicht Eigentümer, handelt also, wenn er die Sachen verbraucht oder weiter veräußert, objektiv rechtswidrig. Erfolgt aber Genehmigung durch den Geschäftsherrn, so wird diese objektive Rechtswidrigkeit rückwärts beseitigt, da er durch die Genehmigung ja rückwärts Eigentümer wird. Erfolgt die Genehmigung nicht, so bleibt es bei der objektiven Rechtswidrigkeit. Durfte indes der Handelnde aus guten Gründen erwarten, daß die Genehmigung erfolgen und damit die Handlung sich als jetzt rechtmäßig geschehende herausstellen werde, so ist damit die subjektive Rechtswidrigkeit seines Handelns ausgeschlossen. Dies gilt ebenso für alle Fälle, wo der Geschäftsführer dem Dritten irgendeinen Eingriff in Sachen des Geschäftsherrn gestattet (126 ff.), und es gilt endlich ebenso dann, wenn der Geschäftsführer selbst Sachen des Geschäftsherrn für sich gegen oder ohne Entgelt zu Gebrauch oder Verbrauch unter Umständen entnimmt, die ihn berechtigen, zu glauben, daß der Eigentümer, wenn er um seine Einwilligung gefragt worden wäre, diese gegeben haben würde (128 ff.): er schließt hier als geschäftsführender Vertreter des Geschäftsherrn mit sich selbst das Geschäft ab und gibt sich selbst die Gestattung. Genehmigt der Geschäftsherr später, so entfällt rückwärts die objektive Rechtswidrigkeit seiner Verbrauchs- oder Gebrauchshandlung; genehmigt er nicht, so fehlt es doch, wenn er nur die künftige Genehmigung ohne Fahrlässigkeit erwarten durfte, an der subjektiven Rechtswidrigkeit.

6. Riezler gibt eine Übersicht über die möglichen Fälle (373—386) und will die Lösung aus dem Wesen der Vertretung herleiten (s. näheres 387 f. u. o. zu §§ 164 ff. Ziff. I 1). — 397 ff. behandelt er die „Verpflichtungen" bei Begründung von Schuldverhältnissen. Als Regel gilt: Handelt es sich bei dem doppelten Geschäftsschluß durch Vertreter und Vertretenen um ein Geschäft, das von der einen Partei nur als eines gewollt ist und nach der juristischen Gestaltung eines sein kann, so gilt der Grundsatz der Konsumtion durch die erstmalige Vornahme dann, wenn die Gegenpartei von der Sachlage Kenntnis hat. Hat sie aber keine Kenntnis, so trifft das Risiko des doppelten Geschäftsschlusses denjenigen, für welchen doppelt gehandelt ist (400/1). Ein Kennenmüssen in dem Sinne einer an ihren Rechtsfolgen der Kenntnis gleichzustellenden Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gibt es hier nicht (401/2). Nehmen Vertreter und Vertretener in derselben Angelegenheit nicht identische obligatorische Geschäfte vor, so ist der Vertretene an beide Geschäfte gebunden. Handelt es sich um dieselbe Sache, so entscheidet lediglich Prävention in Erlangung der Leistung (402). Näheres 404 ff. — Über gleichzeitiges Handeln des Vertreters und des Vertretenen, wenn die mehrfach in derselben Angelegenheit abgegebenen Erklärungen nicht identisch sind, 409 ff.: ein Vertrag kommt zustande. Nicht aber, wenn gleichzeitig vorgenommene Verfügungen sich widersprechen (412). Näheres 412 ff.: mehrfache Zession, gleichzeitige Veräußerung desselben Grundstücks.

7. Josef (s. auch u. zu § 679). Soweit der Tod eines Beteiligten auf das Schuldverhältnis überhaupt Einfluß hat, ist es grundsätzlich gleichgültig, ob der Tod ein natürlicher ist oder Selbstmord vorliegt. Denn so wenig der Gläubiger Ansprüche daraus herleiten kann, daß der Schuldner durch eigene Fahrlässigkeit um das Leben gekommen ist, ebensowenig ist der Schuldner gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, am Leben zu bleiben, um seine Verbindlichkeit erfüllen zu können. Ferner ist die Frage, ob der Selbstmord im Einzelfall als schuldhafte Handlung erscheint, vom Schuldner rechtlich zu vertreten ist, der Rechtssphäre gänzlich entrückt und jeder juristischen Aburteilung entzogen (42/3).

§ 241. 1. Bestimmtheit der Leistung. RheinA. **102** 201 (Cöln). Die Verpflichtung des Verkäufers, auf dem gekauften Grundstück ein zu einem bestimmten Zwecke dienendes Gebäude zu errichten, ist genügend bestimmt und gültig.

2. Unterlassung. (S. IDR. **2** Ziff. 5—7 f.) **a)** *H. Lehmann. Die Unterlassungspflichten lassen sich nach ihren Zwecken und ihrem Verhältnisse zu den positiven Verpflichtungen folgendermaßen gruppieren: α. Reine Unterlassungspflichten, z. B. Störungsverbote der absoluten R., pacta de non licitando, Konkurrenzverbote. β. Mit positiven Pflichten kombinierte Unterlassungspflichten. αα. Im Verhältnisse von selbständigen Pflichten mit selbständigen Zwecken, was nicht ausschließt, daß bald die positive, bald die negative Pflicht Hauptpflicht ist, z. B. Unterlassungs- und Rückgabepflicht des Mieters, eine servitus oneris ferendi, die mit positiver Unterhaltungspflicht des Eigentümers verbunden ist (§ 1022). ββ. Im Verhältnis einer selbständigen positiven oder negativen Pflicht mit unselbständigen gegenteiligen Pflichten — das ist er Fall, wo eine und dieselbe Norm neben ihrem positiven oder negativen Hauptinhalt einen unselbständigen, gegenteiligen Nebeninhalt hat, z. B. Rückgabepflicht des Entleihers und daraus folgend die Pflicht, eine die Rückgabe gefährdende Behandlung zu unterlassen; die Pflicht des Verkäufers, die vertragsmäßige Ware zu übergeben, und daraus folgend die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Zweck der Obligation vereiteln oder gefährden könnte als die Zerstörung der Sache, Veräußerung an einen anderen, aber auch Lieferung mangelhafter Ware, schlechte Verpackung usw. **b)** Satz 2. *Siber (s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 3). Die geschuldete Unterlassung ist stets Dauerleistung, und das Zeitmoment ist ihr, anders als meist bei vorübergehenden Leistungen, stets wesentlich. Nach Ablauf der für die Erfüllung einer Unterlassungspflicht bestimmten Zeit ist deren Erfüllung nicht mehr möglich, weshalb bei Unterlassungspflichten die sekundäre Schadensersatzpflicht nur auf Unmöglichkeit der Erfüllung, nicht auf Verzug beruhen kann (180 ff.). Mit jeder Zuwiderhandlung ist die für den Augenblick der Zuwiderhandlung geschuldete Unterlassung, damit also ein Teil der für die ganze Zeitdauer geschuldeten Unterlassung, unmöglich geworden; freilich ist nicht, wie man zu sagen pflegt, die Unterlassung „durch" Zuwiderhandlung unmöglich geworden, sondern sie ist durch Zeitablauf unmöglich geworden und infolge der Zuwiderhandlung unerfüllt geblieben (180 ff., 216 f.). **c)** **RG. 63** 116 ff., JW. **06** 335 Ziff. 11. Besteht die Leistung in einem Unterlassen, so besteht die Erfüllung der Verpflichtung darin, daß der Schuldner die betreffende Handlung nicht vornimmt. Solange er diese Handlung nicht vornimmt, befindet er sich im Zustande der Erfüllung. (S. auch u. zu § 278 Ziff. 1 b.)

§ 242. Literatur: Stammler, Die grundsätzlichen Aufgaben des Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung, VerwA. **15** 1—59.

1. Begriff. Anwendungsgebiet. Allgemeines. **a)** Stammler fragt: wie kann man beweisen, daß ein bestimmtes rechtliches Wollen „grundsätzlich richtig" ist? Weder Sitte, noch Moral oder Religion, noch auch ein ideales, naturrechtliches Gesetzbuch gibt Auskunft. Maßgebend ist der Gemeinschaftsgedanke (17 ff.). Die Ausdrücke wie „billiges Ermessen", „Treu und Glauben", „gute Sitten", „sittliche Pflicht", „Vermeiden des Mißbrauchs", „angemessen", „tunlich", „wichtiger Grund" sind nur Verlegenheitsausdrücke des Gesetzgebers" für einen und denselben Gedanken des „richtigen Rechts" (27). Gerechtigkeit ist die Übereinstimmung eines besonderen rechtlichen Wollens mit dem Gemeinschaftsgedanken, mit der methodischen Richtung unserer Gedanken, welche das soziale Ideal genannt wird. Wie kann man den formalen Gedanken der Gemeinschaft als einziges und letztes Grundelement alles denk-

baren Rechtsinhalts praktisch anwenden? Es ergibt sich folgender Grundriß für die grundsätzliche Art der Rechtspraxis (31): α. Grundsätze des Achtens: αα. Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines anderen anheimfallen. ββ. Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne geschehen, daß der Verpflichtete sich noch der nächste sein kann. β. Grundsätze des Teilnehmens. αα. Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein. ββ. Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der nächste sein kann. **b)** Stammler 51. Der § 242 spricht so allgemein und fast daß es berechtigt erscheint, alle ergänzenden Sätze des BGB. über Schuldverhältnisse unter dem Beding anzuwenden, daß sie dem § 242 entsprechen. Weiteres aaO. 52 ff. **c)** Riezler, ACivPr. **98** 399. Nach dem Geiste, wenn auch nicht nach dem Buchstaben unserer Rechtsordnung muß nicht nur die Frage, was vereinbart ist, sondern auch die Frage, ob überhaupt ein Vertrag bzw. eine Vertragsänderung zustande gekommen ist, nach dem Gebote der Wahrung von Treu und Glauben entschieden werden. Ebenso aaO. 411 **d)** *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht (s. o. zu § 241 Ziff. 2a). Durch die Verpflichtung zu positiver Leistung ist mitgesagt, die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was die Zwecke des Leistungsgebots vereiteln oder beeinträchtigen könnte — sekundäre Unterlassungspflicht. Die Notwendigkeit der Annahme solcher unselbständigen, sekundären Unterlassungspflichten ergibt sich: a) aus dem Satze vom Widerspruch. Durch das Gebot zum So handeln ist das Anders handeln verboten (10, 11); b) durch Zurückgehen auf den Zweck des Leistungsbefehls. Die sekundäre Unterlassungspflicht ist der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt der Gebotsnorm (10, 11, 166 ff.); c) aus den Grundsätzen von Treu und Glauben § 242. Der vertragstreue Schuldner muß sein Wort nicht nur buchstäblich befolgen, sondern auch alles unterlassen, was die Erreichung des Obligationszweckes gefährden könnte, und alles tun, was nach Treu und Glauben etwa noch außer der ausdrücklich versprochenen positiven Tätigkeit zur Verwirklichung des Obligationszweckes nötig ist (167 ff.).

2. Exceptio doli generalis. (S. JDR. **1** Ziff. 1, 2 Ziff. 2, 3a, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 3.) **a)** Gegenüber der Verjährungseinrede. (S. insbes. JDR. **3** Ziff. 2c, **4** Ziff. 3b.) **RG.** JW. **06** 734 Ziff. 1. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte reicht nicht zu, um durch eine replica doli generalis die Einrede der Verjährung zu beseitigen, es muß vielmehr eine die Erfordernisse des § 826 BGB. erfüllende Arglist vorliegen. (Näheres s. zu §§ 249, 826).

b) Einzelne Anwendungsfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung. (S. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 4, **3** Ziff 3, **4** Ziff. 3d.) α. Werthauer, HoldheimsMSchr. **06** 272. Lieferung durch geheime Zeichen markierter Waren stellt sich als eine gegen Treu und Glauben bewirkte Lieferung dar. Näheres u. zu § 459. β. **RG.** JW. **06** 299 Ziff. 3, SeuffA. **61** 228, PuceltsZ. **06** 372 ff., HoldheimsMSchr. **06** 167 ff. (s. auch o. zu § 157 Ziff. 5). Treu und Glauben im Rechtsverkehr erfordern, daß Verträge wechselseitig loyal ausgelegt und erfüllt werden. Hierbei dürfen nicht einseitig bloß die Interessen des einen Vertragsteils berücksichtigt werden, sondern die Rechte und Interessen beider Vertragsteile haben gleichmäßig Anspruch auf Beachtung. Die Berücksichtigung von Treu und Glauben darf nicht zu einer Korrektur der in gesetzlichen Grenzen getroffenen Vereinbarung führen. Vielmehr muß sie ihre notwendige Begrenzung finden an der Sicherheit des Rechtsverkehrs und dem obersten Grundsatz des Vertragsrechts: pacta sunt servanda. (Entschieden mit Rücksicht auf einen Rücktritt von einem Sukzessivlieferungsvertrag: § 325 BGB.) γ. **RG.** JW. **06**

16 Ziff. 13, R. 06 240 Ziff. 419: Ein bewußter Wechsel des einmal eingenommenen Rechtsstandpunktes in der Absicht, durch diese Veränderung die Lage zum Nachteile des Gegners auszunutzen, kann die Einrede der Arglist begründen. Jedoch kann die bloße Aufgabe einer irrigen Rechtsanschauung und die daraus sich ergebende veränderte Stellungnahme, wenn sie auch dem so Verfahrenden vorteilhaft, dem Gegner nachteilig ist, niemandem zum Vorwurf einer Verletzung von Treu und Glauben gereichen. δ. RG. JW. 06 458 Ziff. 14, BayRpflZ. 06 459/60. Die Frage, wie die Aussteuer im Einzelfalle zu gewähren ist, wird in besonderem Maße von dem Grundsatze des § 242 beherrscht. (Kläger hatte ohne weiteres als Aussteuer eine Geldsumme verlangt.) ε. RG. JW. 06 12 Ziff. 8. Der Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn verringert sich nach den Grundsätzen der bona fides ohne weiteres um den Schadensersatz, den der Besteller mit Recht von ihm verlangen kann. ζ. R. 06 1191 Ziff. 2805 (Dresden). Der Schuldner, der sich bei Abführung von Darlehnszinsen regelmäßig der Vermittlung eines Dritten bedient, weil er diesem besonderes Vertrauen schenkt, kann jedenfalls dann darauf rechnen, daß ihm der Gläubiger Wahrnehmungen, die die Zuverlässigkeit des Dritten in Frage stellen, mitteilt oder sonst geeignete Schritte tut, um Schaden vom Schuldner abzuwenden, wenn der Gläubiger selbst dazu beigetragen hat, daß sich der Schuldner des Dritten bediente. η. PucheltsZ. 06 385 ff. (Karlsruhe). Wenn in einem Mietvertrage bestimmt ist: „es werde ein Wohnhaus mit darin befindlichem Delikatessengeschäft und dazu gehörigem Inventar vermietet", so kann trotz dieser Fassung nur gemeint sein: es werde das Wohnhaus nebst den in demselben befindlichen, zur Führung des Delikatessengeschäfts dienenden Lokalitäten und dem zu dessen Betrieb erforderlichen Inventar vermietet, und es läßt sich bei Auslegung des Vertrages gemäß §§ 242, 157 nicht eine Verpflichtung des Mieters statuieren, das Delikatessengeschäft bis zum Ablaufe des Mietvertrages weiterzuführen. ϑ. BadRpr. 06 166 Nr. 76 (Karlsruhe). Das Wort „circa" bei der Quantitätsbezeichnung der zu liefernden Ware bedeutet, daß eine nicht erhebliche Abweichung von dem angegebenen Quantum nach beiden Seiten zulässig ist. ι. OLG. 12 421 (Dresden). Die Verpflichtung des Prinzipals auf Ausstellung eines Zeugnisses über das Dienstverhältnis, die Leistungen und die Führung im Dienste unterliegt allgemeinen Rechtsgrundsätzen, somit auch den Grundsätzen des § 242. Das Zeugnis ist so auszustellen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, es muß durchaus der Wahrheit entsprechen. (S. u. zu § 630.) ϰ. Über Breit, Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärnng, SeuffBl. 06 589—596, s. o. zu § 130 Ziff. I 4.

§ 243. 1. Siber vgl. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 3.

2. *Brückmann, Über Kundenpapiere, KGBl. 06 1—2, untersucht die Abrede der Tilgung von Vertragsschulden irgendwelcher Art durch „Kundenpapiere". Er teilt ein Urteil des LG. Berlin I mit, in dem es heißt: „Selbstverständlich sind Kundenpapiere nur solche, aus denen Kunden wechselmäßig verpflichtet sind." Außerdem steht dem Empfänger das Recht zu, „die Bonität des Bezogenen im einzelnen Falle zu prüfen und wegen mangelnder Sicherheit den angebotenen Wechsel zurückzuweisen". Der Verf. fragt: wie weit geht das Prüfungs- und Zurückweisungsrecht des Gläubigers, dem verabredungsgemäß Kundenakzepte geschickt werden? Es liegt datio in solutum (§ 364) vor. Dann aber ist § 437 Abs. 1 anzuwenden: mindestens der rechtliche Bestand der Wechselforderung muß gesichert sein. Nicht anwendbar dagegen scheint der § 438; für die Zahlungsfähigkeit des Wechselkunden wird nicht ohne weiteres gehaftet. Dagegen ist § 243 analog anzuwenden; es handelt sich hier zwar nicht um Gat-

tungssachen (§ 90), wohl aber um Gattungsforderungen. Es sind also Wechsel von durchschnittlicher Güte zu leisten; keine „faulen Kunden“, keine „Primakunden“, sondern Durchschnittskunden müssen auf den Wechseln stehen. Weniger die Zahlungsfähigkeit als die Kreditwürdigkeit des Akzeptanten steht in Frage.

3. R. **06** 1192 Ziff. 2806 (Frankfurt). Beim Kauf einer Gattungsschuld ist der Schuldner berechtigt, die angebotene Ware bis zur tatsächlichen Abnahme durch den Gläubiger durch Lieferung neuer Ware zu ergänzen und zu ersetzen. (S. a. IDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2.)

4. BadRpr. **06** 166 Nr. 76 (Karlsruhe). Wird bei einem Gattungsschuldverhältnis mehr als vereinbart geliefert, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Mehrleistung, die als vertragsmäßige nicht gelten kann. Der Gläubiger, der diese Mehrleistung als nicht vertragsmäßig ablehnt, handelt nicht wider Treu und Glauben.

§ 249. 1. Allgemeines. **a)** Der Grund des Schadensersatzanspruchs. Némethy, Der Grund des Schadensersatzanspruchs, AÖstGZ. **06** 193 ff., 201 ff., 220 ff., 228 ff., wendet sich gegen Mauczka, AÖstGZ. **05** Nr. 35, 36, der der Ansicht ist, daß die Rechtsüberzeugung des Wollens zwischen Erfolg- und Schuldhaftung schwanke. Nach seinen Erfahrungen nehme im Empfinden des Wollens das Schulddogma immer noch den breitesten Raum ein. Es mache sich immer dann bemerkbar, wenn der Wunsch, dem Geschädigten auf Kosten der Allgemeinheit Ersatz zu schaffen, nicht durch ein bestimmtes besonderes Gesetz erfüllt sei, und wenn daher im Kampfe um das Recht Person gegen Person stehe. Allerdings bestehe daneben ein starkes Gefühl für das Prinzip der Ursachhaftung. Aber dieses komme im praktischen Leben seltener in die Gelegenheit, allein die Entscheidung herbeizuführen. Die beiden Haftungsgrundsätze herrschen auf abgesonderten Gebieten. Dies wird an der Hand einer Reihe von Rechtsfällen dargelegt, die der Verf. mit Menschen verschiedenster Lebensstellung durchgesprochen hat. — Leitsätze s. 202 ff. a) Grundsätzlich ist jeder Mensch verpflichtet, für jede Sach- oder Körperbeschädigung, die er durch eine Bewegung seines Körpers ohne Dazwischenkunft einer fremden Ursache hervorgebracht hat, Ersatz zu leisten. b) Entstand die Beschädigung aus einer unwillkürlichen oder schuldlosen Handlung, so ist statt des vollen Schadensersatzes nur eine billige Vergütung zu leisten, bei deren Bemessung auf die Vermögensverhältnisse beider Teile Rücksicht zu nehmen ist. c) Wenn eine Sache beschädigt wird, so ist der für den Besitzer unvermeidliche damit verbundene Entgang an täglichem Erwerbe ebenso als Schaden zu berücksichtigen, wie die Sachbeschädigung selbst. Bei Körperbeschädigungen begreift der Schaden die Kosten der Wiederherstellung und den unvermeidlichen Entgang am berufsmäßigen Erwerbe in sich. Ein Schmerzensgeld ist im Falle schuldloser Schadensverursachung nicht zu entrichten. d) Der Beschädigte geht des Ersatzanspruchs insoweit verlustig, als er sich den Schaden selbst zugezogen hat oder ihn hätte abwenden oder vermindern können. — Im folgenden eingehende Erörterung einzelner Verschuldensfälle. **b)** Schadensersatzpflicht und Verschulden. S. IDR. **4** Ziff. 1 a u. b, **3** Ziff. 1 a u. b. — **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 43. Es besteht keine Rechtsvermutung dafür, daß ein als unlauterer Akt sich darstellender Geschäftskniff für den Geschäftsabschluß bestimmend gewesen sei oder daß jede unrechte Tat Schaden gestiftet habe. **c)** Unterlassungsklage. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 215/216. Aus § 249 läßt sich nicht, wie es Dernburg, Cosack, Fuld, Oertmann, Lau versucht haben, eine Klage auf Unterlassung ableiten. Die Schadensersatzklage geht immer nur auf Beseitigung der Wirkungen einer alten Verletzung, während die Unterlassungsklage auf das Unterbleiben neuer Verletzungen gerichtet ist.

2. Begriff. Inhalt, Art und Wesen des Schadensersatzes. S. JDR. 2 Ziff. 2, 3 Ziff. 2 u. 3, 4 Ziff. 2. a) Grundsätze, s. insbes. JDR. 2 Ziff. 2, 3 Ziff. 2. α. Stein, BayRpflZ. 06 61. Der Schadensersatz kann teilweise in Naturalrestitution und teilweise durch Zahlung einer Geldsumme geleistet werden. Durch Ausbesserung eines beschädigten Gegenstandes bzw. durch Bezahlung des zur Ausbesserung notwendigen Geldbetrages und durch Bezahlung des Minderwertes kann der Zustand wieder hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. RG. JW. 06 332 Ziff. 6, R. 06 747 Ziff. 1748. Behufs Ermittelung des zu ersetzenden Schadens ist die wirtschaftliche Lage des Ersatzberechtigten, wie sie sich nach der schadenstiftenden Handlung herausgestellt hat, mit derjenigen zu vergleichen, welche sich bei korrektem Verhalten des Schadenpflichtigen ergeben würde. β. Rehabilitation. S. insbes. JDR. 3 Ziff. 2a, 4 Ziff. 2a. OLG. 13 394 (KG.): Derjenige, der von einem Rennklub vom Betreten des Rennplatzes ausgeschlossen ist, weil er den Jockeis verbotswidrige Wetten vermittelt haben soll, kann einen eventuell begründeten zivilen Schadensersatzanspruch nicht auf „Widerruf oder Ehrenerklärung" richten, die Ehrenerklärung enthält keinen Ersatz. Sie entspringt dem Bedürfnis nach Genugtuung und Sühne und kann deshalb nur im Wege strafrechtlicher Verfolgung erreicht werden, wo sie durch § 11 EGStPO. beseitigt ist. Dagegen ist der Anspruch auf Wiederzulassung zu dem Rennen als Schadensersatzanspruch zuzulassen unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution. b) Bei anfechtbaren Verträgen. S. JDR. 3 Ziff. 3 d, 4 Ziff. 2 b u. § 123 Ziff. I 2, o. § 123 Ziff. 7, § 124 Ziff. 1, 2. α. RG. R. 06 289 Ziff. 579. Ist Schadensersatz wegen betrügerischer Verletzung einer Vertragspflicht zu leisten, so ist unter dem nach § 249 herzustellenden Zustand der durch den Vertrag vom Betrogenen bezweckte Zustand zu verstehen. β. RG. 63 110 ff., JW. 06 330 Ziff. 4, DJZ. 06 655. Der bei einem Kaufgeschäft Betrogene kann nach § 249 die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestaltet hätte, verlangen. Hat er infolge des Betrugs sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises verstanden, so kann er die Ermäßigung oder den Ersatz bis zu dem Betrage verlangen, den er vertragsgemäß ohne den Betrug gegeben hätte. Ob der Betrüger zu diesem Preise verkauft hätte, ist ganz gleichgültig. S. a. o. zu § 123 Ziff. 7 a. γ. RG. 63 268 ff. War die Klage ursprünglich auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123) und wird dann, nachdem die Anfechtung wegen Verjährung für unzulässig erklärt (§ 124), der Aufhebungsanspruch auf §§ 826, 249 gestützt, so liegt keine unzulässige Klageänderung vor, sondern nur Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes. c) Täuschung durch Dritte. S. JDR. 2 §§ 249 Ziff. 2, 812 Ziff. 4, 3 § 255 Ziff. 5a, 4 Ziff. 2c. RG. 61 250. Bei einer durch einen Dritten erfolgten absichtlich unrichtigen Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache hat der Dritte als Schaden nicht denjenigen Geldbetrag zu ersetzen, der sich aus dem Vergleiche des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustande zu ihrem wirklichen Werte für den Käufer ergibt. Diese zur Berechnung der Kaufpreisherabsetzung unter den Vertragschließenden gegebene Vorschrift findet nicht auch Anwendung auf die Schadensberechnung außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse. Die Höhe des Schadens, den der Käufer durch die Täuschung erlitten hat, ist unabhängig von der Vorschrift des § 472 aus der Vermögensverminderung zu ermitteln. d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung. RG. JW. 06 544 Ziff. 8, HoldheimsMSchr. 06 280. Verlangt jemand wegen Nichterfüllung Schadensersatz, so kann er bei Berechnung der Höhe dieses Ersatzes nicht den Vorteil berücksichtigen, den er bei rechtzeitiger Erfüllung infolge eines unredlichen Verhaltens seinerseits erzielt hätte. — RG. R. 06 290 Ziff. 593, s. bereits JDR. 4 Ziff. 2 d β.

3. Der Kausalzusammenhang in der Praxis. S. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 3.

a) Allgemeine Gesichtspunkte. α. **RG.** ElsLothJZ. **06** 552. Die Aufstellung, daß der Richter den Kausalzusammenhang nur annehmen dürfe, wenn er die Überzeugung habe und feststelle, daß der Schaden die notwendige, jede anderweite Möglichkeit ausschließende Folge des Verschuldens gewesen sei, ist unrichtig. Gerade mit Rücksicht auf die in vielen Fällen vorhandene Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit, einen strengen Beweis des Kausalzusammenhangs zu führen, hat der § 287 ZPO. dem Richter die Befugnis zur Entscheidung nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände eingeräumt. β. Bayr. ObLG. **7** 53 ff. Bei Schadensersatzklagen bezieht sich die freie Beweiswürdigung des Gerichts nicht bloß auf die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich dieser belief, sondern auch auf die Frage, ob zwischen der nachgewiesenen Handlung des Schadensstifters und dem entstandenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht. γ. **RG.** ElsLothJZ. **06** 96. Die Haftung aus schuldhafter Handlung setzt voraus, daß der schuldhaft Handelnde die Möglichkeit eines Schadens seiner schuldhaften Handlung voraussehe. Nicht erforderlich ist, daß er die konkrete Tatsache voraussieht, aus der der Schaden entstanden ist. Das konkurrierende Verschulden eines Dritten schließt aber die Kausalität nur dann aus, wenn es den Eintritt des Schadens verhindert, der ohne sein Hinzutreten eingetreten wäre. Dagegen braucht der Schaden nicht notwendige Folge, der verpflichtende Umstand nicht die alleinige Ursache zu sein. δ. **RG.** JW. **06** 460 Ziff. 16. Zur Herstellung des ursächlichen Zusammenhanges ist nicht erforderlich, daß der Schuldige alle Ursachen, die bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben, herbeiführt, es genügt vielmehr, daß er Urheber auch nur einer der mitwirkenden Ursachen ist. ε. R. **06** 49 (Cöln). Der ursächliche Zusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem dadurch eingetretenen Schaden wird nicht dadurch unterbrochen, daß eine weitere Unterlassung hinzutritt, zufolge deren es versäumt ist, die zur Abwendung des Schadens erforderlichen Maßregeln zu treffen. ζ. R. **06** 1192 Ziff. 2808 (Frankfurt). Im allgemeinen genügt es nicht, daß der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand die condicio sine qua non des eingetretenen Schadens sei, vielmehr muß noch das weitere Erfordernis hinzutreten, daß die Möglichkeit des Schadens keine ganz entfernte, außerhalb jeder vernünftigen Berechnung liegende sein darf.

b) Besondere Fälle. α. Fischer, Der Kausalzusammenhang bei fahrlässigen Körperverletzungen, PucheltsZ. **06** 625—628. Es besteht keine Rechtsvermutung, daß derjenige, der durch seine Tätigkeit einen sich passiv Verhaltenden verletzt, zunächst als der Verursacher des Schadens und als der schuldige Teil gilt. Dieser Satz muß auch gelten, wo ein Mensch infolge der Unterlassungssünde eines anderen „sich beschädigt", z. B. wegen mangelnder Beleuchtung einer Treppe usw. Wodurch kann der Verletzte die Schuld des anderen beweisen? Nicht etwa durch Berufung auf eine Polizeiübertretung; die Billigkeit erfordert aber, daß der Kausalzusammenhang mit der Unterlassung in allen solchen Fällen verneint wird, wo der Mensch nicht logisch und physisch gezwungen sich verletzt, also in allen Fällen, in denen er die Gefahr voraussah und voraussehen mußte; denn wenn er sie voraussah, so konnte er sie stets vermeiden. Jeder kann z. B. eine dunkle oder befrorene Treppe so vorsichtig gehen, daß er absolut nicht zu Fall kommen kann. — Kannte der Verletzte die Gefahr nicht, so bleibt er doch zunächst der Verursacher seines Schadens. Wer sich aber einer fahrlässigen Unterlassung schuldig macht, hat als Mitwirkender gemäß § 840 zu gelten. β. **RG.** JW. **06** 739 Ziff. 7. Dadurch, daß infolge körperlicher Veranlagung

eines Verletzten die Folgen eines schädigenden Ereignisses besonders schlimm werden, wird der Kausalzusammenhang zwischen diesem Ereignis und seinen Folgen nicht aufgehoben. — Von der Frage, ob der Schädiger wegen fehlenden Kausalzusammenhanges überhaupt nicht verantwortlich ist, völlig verschieden ist es, inwieweit der Schädiger mit Rücksicht auf die Gesundheitsbeschaffenheit des Verletzten für einen Schaden haftbar gemacht werden kann. Er braucht grundsätzlich nur insoweit für den Schaden einzustehen, als er Folge des Unfalls ist, nicht aber insoweit, als der Schaden auch ohne den Unfall eingetreten wäre. γ. **RG.** PrVerwBl. 27 488. Um einen Schadensersatzanspruch wegen eines krankhaften Zustandes, der durch Feuchtigkeit einer Wohnung veranlaßt ist, zu begründen, genügt es, daß der feuchte Zustand der Wohnung mitwirkende Ursache gewesen ist. (Eine Lehrerin hatte durch die Feuchtigkeit der Dienstwohnung Gesundheitsschaden erlitten.) δ. BadRpr. 06 153 (Karlsruhe) nimmt im folgenden Falle Kausalzusammenhang an: Der Mieter einer Schankwirtschaft hatte einen Untermieter eingesetzt, der seinen Gewerbebetrieb zur Förderung der Unzucht mißbrauchte. Dieses Verhalten führte zur polizeilichen Schließung der Wirtschaft; diese hatte ihrerseits wieder zur Folge, daß der durch Einsetzung eines neuen Untermieters gemachte Versuch der Fortführung der Wirtschaft die Prüfung der Bedürfnisfrage erforderlich machte, welche bei der großen Anzahl der in nächster Nähe gelegenen Wirtschaften verneint werden mußte. (Mieter verweigerte Mietszahlung!) — Das LG. hatte die Schließung der Wirtschaft durch die Polizei als die „wesentliche" Bedingung angesehen, das OLG. lehnte es ab, dieser Kausaltheorie zu folgen, und verlangt Beurteilung in concreto. ε. **RG.** JW. 06 231. Die durch den Entschädigungsprozeß hervorgerufenen schädigenden Wirkungen stehen in keinem adäquaten Kausalzusammenhange mit dem von dem Schädiger zu vertretenden Unfalle. Der Schaden hat insoweit seine Entstehungsursache in besonderen Umständen, welche in der Persönlichkeit des Geschädigten, einer gesteigerten körperlichen oder physischen Empfindlichkeit gegenüber den mit der Prozeßführung verknüpften Eindrücken gelegen sind, oder die, wenn sie auch nicht bloß individueller Natur sein mögen, doch als selbständige, von dem Unfalle rechtlich unabhängige Kausalität in Betracht kommen. — Anders bei mutwilligem oder schikanösem Bestreiten des begründeten Anspruchs. (Entschieden zu §§ 286, 314 Ziff. 4 ZPO. in Verb. mit §§ 10, 11, 26 ALR. I. 6. ζ. BayRpflZ. 06 84 (Bamberg). Kausalzusammenhang verneint im folgenden Falle: Ein Knabe hatte eine zu einer Kleinbahn gehörige, nicht versicherte Drehscheibe in Bewegung gesetzt und hierdurch einen anderen auf der Drehscheibe stehenden Knaben verletzt. Durch das Nichtversichern der Scheibe war nur die Möglichkeit des Unfalls geschaffen, herbeigeführt ist dieser erst durch die Tätigkeit des anderen Knaben.

4. Einzelne Anwendungsfälle aus der Praxis. S. JDR. 2 Ziff. 8, 9, 3 Ziff. 7, 4 Ziff. 5. **a)** **RG.** JW. 06 734 Ziff. 1. Einer auf Verhinderung einer Unterbrechung der Verjährung gerichteten Arglist, die im übrigen die Erfordernisse des § 826 erfüllt, kann die Wirkung zukommen, auf dem Wege der §§ 826, 249 die Einrede der Verjährung zu beseitigen. S. a. JDR. 1 § 249 Ziff. 6a, 2 § 251 Ziff. 2. **b)** **RG.** JW. 06 191 Ziff. 7, R. 06 614 Ziff. 1428. Verweigert der Käufer dem Verkäufer Zahlung des Kaufpreises, weil der Spediteur des Verkäufers ihm falsche Ware geliefert, so kann der Verkäufer vom Spediteur, obwohl seine Kaufpreisforderung gegen den Käufer mit Rücksicht auf § 447 zu Recht besteht, als Schadensersatz Wiederherstellung in dem Sinne verlangen, daß der Spediteur ihm das verschafft, was er gehabt haben würde, wenn die Ablieferung richtig geschehen wäre, nämlich den anstandslosen Eingang des Kaufgeldes; der Verkäufer kann nicht auf die erst im Prozeßwege von dem wider-

strebenden Käufer zu erzwingende Zahlung angewiesen werden. **c)** HansGZ. **06** 220 (Hamburg). Der unredliche Besitzer, der in Kenntnis des Eigentums eines Dritten Sachen verkauft, hat auf Grund der §§ 990, 989 gemäß § 249 Schaden in der Weise zu ersetzen, daß er dem früheren Eigentümer das Eigentum an den Sachen zurückverschafft oder den Wert der Sachen zur Zeit des Verkaufs ersetzt. **d)** SächsRpflA. **06** 227, R. **06** 1192 Ziff. 2807 (Dresden). Derjenige, der einen anderen über die Güte einer abgetretenen Hypothek betrügerisch getäuscht hat, hat gemäß § 251 Schadensersatz in Geld zu leisten, wenn die Hypothek durch Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks erloschen ist. Unter dem Zustande, der herzustellen ist, muß der verstanden werden, der durch den Vertrag bezweckt wurde, wenn die Erklärungen der Abtretenden auf Wahrheit beruht hätten.

§ 251. 1. *Siber, KrVSchr. **46** 535 ff. Wird die anfangs mögliche Wiederherstellung später durch Zufall unmöglich, so hat der Schuldner unter allen Umständen Geldersatz zu leisten, da § 275 hier unanwendbar ist (gegen Litten). Die Grundsätze des Erfüllungsverschuldens betreffen die Schadensersatzpflicht nur, soweit sich der ursprüngliche Schaden, z. B. infolge Verzugs, dem Umfange nach erweitert, nicht soweit sich bei gleichbleibendem Schadensumfange nur die Art der Ersatzleistung verändert, die Wiederherstellungs- zur Geldleistungspflicht wird. Die Erfüllung der Schadensersatzpflicht kann nicht unmöglich werden.

2. *Gernsheim, Ersetzungsbefugnis (s. a. zu § 262 Ziff. 2) 238—241. Im § 251 Abs. 2 ist ein gesetzlicher Fall der Ersetzungsbefugnis des Schuldners gegeben (mit der herrschenden Meinung gegen Chamitzer 41, Pescatore 151 u. a.). — Die Geltendmachung der Ersetzungsbefugnis durch den Schuldner im Prozesse kann nur dazu führen, daß dem Schuldner sein Recht im Urteile vorbehalten wird. Die Ersetzungsbefugnis gibt dem Schuldner überhaupt keine Einrede im Sinne des BGB. (158). — ➵ Eine Klage und Verurteilung auf die Geldentschädigung, die nach § 251 Abs. 2 nur in solutione, aber nicht in obligatione ist, ist entgegen der Meinung von Staudinger-Kuhlenbeck zu § 251 Note 6 nicht zulässig. ⇜

3. Aus der Rechtsprechung. **a)** RG. JW. **06** 737 Ziff. 5. Derjenige Grundstückseigentümer, der von seinem Nachbar Schadensersatz verlangt, weil ihm dieser einen Teil seines Grundstücks eigenmächtig entzogen und er sein Grundstück daher für einen geringeren Preis verkaufen mußte, kann schlechthin Ersatz in Geld fordern. Er verlangt nicht Schadensersatz dafür, daß er den ihm entzogenen Teil nicht mehr hat, sondern dafür, daß er sein Grundstück billiger verkaufen mußte. Herstellung des früheren Zustandes ist nach erfolgtem Verkauf unmöglich. **b)** R. **06** 747 Ziff. 1749 (Marienwerder). Ein vorzeitig entlassener Handlungsgehilfe hat Anspruch auf Geldentschädigung für Wohnung und Kost, auch wenn er in der kritischen Zeit von seinen Eltern unentgeltlich Unterkunft und Beköstigung erhalten hat. Der Anspruch auf Vergütung tritt an Stelle des Anspruchs auf Naturalleistung und hat die Natur einer vertragsmäßigen Leistung.

§ 252. RG. JW. **06** 109 Ziff. 7. Ist jemand infolge verschuldeter Unmöglichkeit zur Herausgabe eines Wechsels außerstande, so ist der Schaden durch Zahlung desjenigen Geldbetrags zu ersetzen, welchen der Kläger nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge haben würde, wenn sich die Urkunde in seinem Besitze befunden hätte.

§ 254. 1. Grundsätzliches aus der Praxis und Anwendungsgebiet des § 254. S. JDR. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 2. **a)** HessRspr. **7** 11 (LG. Darmstadt). Als Maßstab für das richterliche Ermessen soll bei § 254 in erster

Linie nicht der subjektive Maßstab des „Verschuldens", sondern der objektive Maßstab der „Verursachung" zur Anwendung kommen, indem geprüft und abgewogen wird, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht ist. S. insbes. IDR. **4** Ziff. 2c. **b)** RG. **62** 420, IW. **06** 341 Ziff. 22, DIZ. **06** 653. Ein Rechtssatz, daß jedes Verschulden, woraus Rechtsfolgen für einen anderen abgeleitet werden, durch ein mitwirkendes Verschulden des anderen entkräftet oder gemindert wird, kann aus § 254 nicht abgeleitet werden, daher kann aus § 254 hinsichtlich des § 702 Abs. 1 HGB. auch nicht gefolgert werden, daß für denjenigen an der großen Haverei Beteiligten, dem gemäß Abs. 3 des § 702 die Vorteile des Verteilungsrechts versagt sind, diese Vorteile deswegen wieder ganz oder teilweise aufleben sollten, weil auch einen anderen Beteiligten eine Schuld an der Herbeiführung der Gefahr trifft. **c)** RG. RheinA. **102** II 89 ff., IW. **06** 297 Ziff. 1, R. **06** 680 Ziff. 1600. Auch die Reizung zur schädigenden Tat als physische (psychische?) Einwirkung auf den Entschluß des Täters muß als mitwirkendes Verursachen erachtet werden. **d)** RG. GruchotsBeitr. **50** 366. Die Vorschrift des Abs. 2 § 254 ist auch dann anwendbar, wenn der Beschädigte nicht erkannt hat, daß ihm ein Schaden drohe, es aber bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Jedes Verschulden des Beschädigten ist zu berücksichtigen, mithin gemäß § 276 auch Fahrlässigkeit, demgemäß auch das darin liegende Verschulden, daß er aus Fahrlässigkeit den drohenden Schaden nicht erkannt hat, wobei aus § 122 sich ergibt, daß dem Kennen das Kennenmüssen gleichsteht. S. a. IDR. **4** Ziff. 2b, **3** Ziff. 1b. **e)** RG. GruchotsBeitr. **50** 650, R. **06** 1254 Ziff. 2992. Der zweite Satz des § 254 Abs. 2 ist nicht auf die in diesem Abs. bezeichneten Fälle zu beschränken, vielmehr gilt die in ihm aufgestellte Regel auch für den Fall des Abs. 1. **f)** R. **06** 681 Ziff. 1601 (Colmar). Ein bei der Entstehung des Schadens des Verletzten mitwirkender Zufall ist auf die Verpflichtung zum Schadensersatz und auf dessen Umfang nicht von Einfluß. **g)** RG. NaumburgAK. **06** 82, DIZ. **06** 598, R. **06** 614 Ziff. 1431. Gegenüber dem Anspruch aus § 136 GewUVG. ist § 254 unanwendbar, anders im Falle des § 140 GewUVG. **h)** RG. R. **06** 747 Ziff. 1750. Auf die Fälle großer Haverei ist § 254 nicht anwendbar. **i)** RheinA. **06** I 251 (Cöln). Auf den Begriff und die Wirkungen des eigenen Verschuldens des Verletzten im Sinne des § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 38 ist die Vorschrift des § 254 nicht anwendbar. S. dagegen PosMschr. **06** 118 (Stettin). — RG. **63** 272, DIZ. **06** 821 erklärt sich ebenfalls für Nichtanwendbarkeit des § 254. **k)** RG. IW. **06** 85 Ziff. 4, R. **06** 371 Ziff. 910. Von Amts wegen ist ein Verschulden des Verletzten nicht zu berücksichtigen, es ist Sache der Einrede des Beschädigers, ein solches geltend zu machen. **l)** RG. R. **06** 48. S. IDR. **4** Ziff. 2a.

2. Mitwirkendes Verschulden der Geschäftsunfähigen. S. IDR. **2** Ziff. 6b, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 3. **a)** RG. α) IW. **06** 55 Ziff. 6, EisenbE. **22** 302, R. **06** 291 Ziff. 598, β) **62** 346 hält an der bisherigen Rechtsprechung fest (Verneinung der Haftung Geschäftsunfähiger). **b)** RG. SächsRpflA. **06** 292 ff., BadRpr. **06** 260 ff. Der Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 ist nicht in einem anderen und weiteren Sinne zu nehmen als nach § 276, es genügt nicht, daß ein eigenes, nach den Verkehrsanschauungen sachwidriges Verhalten den gefährlichen Erfolg mitwirkend verursacht habe, so daß etwa auch ein solches Verhalten eines unzurechnungsfähigen Kindes als Verschulden im Sinne des Gesetzes zu erachten sei. **c)** RG. IW. **06** 740 Ziff. 8. Mitwirkendes Verschulden eines wegen Geistesschwäche entmündigten Stallknechts, der durch den Hufschlag eines Pferdes schwer verletzt wurde, verneint, obwohl er vor dem als Schläger bekannten Pferde gewarnt war.

3. Beschädigter. Verletzter. S. JDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 4. **RG.** EisenbE. **22** 390, R. **05** 240 Ziff. 21. Dem Anspruch des Vaters auf Erstattung der ausgelegten, eigentlich dem Kinde geschuldeten Heilungskosten kann nicht mit dem Einwand begegnet werden, daß den klagenden Vater als gesetzlichen Vertreter ein konkurrierendes Verschulden treffe, insofern er das gebrechliche Kind ohne Aufsicht gelassen habe. Dieser Einwand ist vielmehr nur zulässig gegenüber den vom Vater kraft eigenen Rechtes erfolgten Ansprüchen. (§ 845.) S. a. R. **06** 240 Ziff. 421.

4. Verhältnis des § 278 zu § 254. S. JDR. **2** Ziff. 9, **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 4. **a**) Allgemeines. α. **RG.** SächsRpflA. **06** 293, BadRpr. **06** 261. Im Gebiete der unerlaubten Handlungen kann mangels einer seitens des Beschädigten gegenüber dem Schädiger bestehenden und zu erfüllenden Verpflichtung eine Anwendung des § 278 auf ein zur Entstehung des Schadens ursächlich mitwirkendes Verschulden der Vertreter und Hilfspersonen nicht stattfinden; diese Anwendung ist vielmehr auf ein Verschulden bei der Abwendung des bereits verursachten und bei der Minderung des schon entstandenen Schadens einzuschränken. — S. hierzu auch PosMschr. **06** 118 (Stettin). β. **RG. 62** 106 ff. Ein „Sichbedienen" im Sinne des § 278 liegt schon dann vor, wenn nur der Dritte vom Beschädigten mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt war. **b**) § 254 Abs. 2 und § 278. α. **RG. 62** 346 ff., JW. **06** 192 Ziff. 9, EisenbE. **22** 400, R. **06** 438, 439 (Ziff. 1042—1044), DJZ. **06** 430. § 278 kann auf Grund der im Schlußsatze des § 254 Abs. 2 ausgesprochenen Verweisung nur dann Anwendung finden, wenn zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzverpflichteten bereits vor Eintritt des schädigenden Ereignisses eine Vertragsverbindlichkeit bestand, zu deren Erfüllung sich der Ersatzberechtigte einer Hilfsperson bediente, und dieser ein Verschulden zur Last fällt. Zwischen dem Schädiger und dem Verletzten bei einer unerlaubten Handlung besteht vor Begehung der letzteren auf keiner Seite irgendein Schuldverhältnis, erst durch sie treten beide in Rechtsbeziehungen, es entsteht ein Gläubiger- und Schuldnerverhältnis. Insoweit es sich daher um die Abwendung eines aus der bereits verursachten unerlaubten Handlung drohenden und um die Minderung eines daraus schon entstandenen Schadens handelt, stellen die bezeichneten gesetzlichen Diligenzpflichten nach § 254 Abs. 2 sich als Verpflichtungen gegenüber der Person des Schädigers im Sinne des § 278 dar. Eine Ausdehnung der Anwendung des § 278 über diese Grenze hinaus auf jedes Verschulden von gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen, das auch zur Entstehung des Schadens (§ 254 Abs. 1) mitgewirkt hat, ist im Gebiete der unerlaubten Handlungen nicht möglich. Es muß genügen, daß der Schädiger gemäß §§ 840, 426 seinen Rückgriff gegen den Vertreter oder die Hilfsperson nimmt. β. SchlHolstAnz. **06** 99 (Kiel). Der Verletzte haftet für Versehen seines behandelnden Arztes. Dies gilt auch für Ansprüche auf Grund außervertraglichen Verschuldens. Die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung der Beschädigte sich eines Dritten bedient, ist die Verbindlichkeit, den Schaden zu ändern. **c**) Bezieht sich die entsprechende Anwendung des § 278 auch auf Abs. 1 des § 254? S. JDR. **4** Ziff. 4 b. **RG. 62** 106 ff. Die Anwendung des § 278 ist auch für den § 254 Abs. 1 vorgeschrieben, da der § 254 Abs. 2 Satz 2 nicht erkennen läßt, daß die Anwendung des § 278 auf die im Abs. 2 Satz 1 hervorgehobenen Unterlassungen hat beschränkt werden sollen, auch die Eingangsworte des Abs. 2 auf den engen Zusammenhang seiner Bestimmungen mit dem Abs. 1 hinweisen. **d**) PuceltsZ. **06** 81 ff. (Cöln). Ein Fuhrknecht war auf öffentlicher Straße infolge ihres mangelhaften Zustandes mit dem Pferde verunglückt. Eigenes Verschulden bei Entstehung des Schadens könnte

dem Herrn des Fuhrknechts nur vorgeworfen werden, wenn der Herr sich des Fuhrknechts zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der Stadtgemeinde gegenüber bedient hätte. **e)** S. ferner u. Ziff. 9a.

5. Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken. S. IDR. **2** Ziff. 8, **4** Ziff. 5. **a)** **RG.** IW. **06** 206 Ziff. 30. Eine Operation darf nur dann von dem Versicherten verweigert werden, wenn sie weder als für Leben und Gesundheit gefahrlos noch als bestimmte Heilung verheißend anzusehen ist, was nach vernünftigem Ermessen zu würdigen ist. Doch kommt auch das subjektive Empfinden der betreffenden Persönlichkeit in Betracht. Von Gefahren, die nur in der Einbildung bestehen, muß allerdings abgesehen werden. Doch können auch übertriebene subjektive Vorstellungen von der Gefährlichkeit der Operation nach der Sachlage Berücksichtigung verdienen, zumal dadurch derartige Empfindungen die Gefahr für das Leben und die Gesundheit und der Erfolg des ärztlichen Eingriffs in Frage gestellt werden kann. **b)** **RG.** RheinA. **102** II 104, ZVersWes. **06** 283. Der gegen Unfall Versicherte braucht sich zur Wiederherstellung der Gesundheit einer Operation nur dann zu unterziehen, wenn ein vernünftiger Mensch unter Abwägen aller Umstände auch ohne rechtliche Bindung sich zur Vornahme der Operation entschließen würde. **c)** **RG.** SächsRpflA. **06** 293. Ein mitwirkendes Verschulden kann in der Verweigerung einer Operation dann nicht erblickt werden, wenn von der Operation eine Lebensgefahr zu besorgen und ein erheblicher Erfolg nicht mit genügender Sicherheit zu erwarten ist. **d)** SchlHolstAnz. **06** 98/9 (Kiel). Zur Beseitigung oder Verweigerung der Beschädigung seines Körpers hat der Verletzte das zu tun, was ein verständiger Mensch zur Herbeiführung seiner Heilung tun würde; nutzt er die Heilmittel, welche die Wissenschaft an die Hand gibt, nicht aus, so ist es arglistig von ihm, weiter volle Entschädigung von dem, der für die Folgen der Verletzung haftet, zu verlangen. **e)** **RG.** RheinA. **102** II 296 ff., vgl. IDR. **4** Ziff. 5a. Das OLG. Cöln, das auf Grund des vorzitierten RG.Urteils mit dieser Sache sich noch einmal befaßte, ist wiederum zu der dem RG. entgegengesetzten Entscheidung gelangt mit der Erwägung, daß die vom RG. in dem Urteil angedeutete Verkehrung der Beweislast im konkreten Falle um deswillen nicht Platz greifen könne, weil der Verletzte infolge des Unfalls in seiner Willenskraft so geschwächt worden ist, daß es ihm nicht gelingt, seine Abneigung gegen die Behandlung in einer Nervenheilanstalt zu überwinden. Dieses Urteil ist vom RG. am 31. 5. 06 bestätigt worden. **f)** **RG.** IW. **06** 341 Ziff. 23 verneint die Pflicht des Verletzten, sich operieren zu lassen, in einem Falle, wo die Operation mit dem Verluste des untersten Teils der Wirbelsäule verknüpft wäre.

6. Feststellung im Prozesse. S. IDR. **3** Ziff. 7, **4** Ziff. 6. **RG.** BayRpflZ. **06** 15. Die Entscheidung über ein Mitverschulden der Beschädigten ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu treffen, weil erst durch sie die Haftung endgültig festgestellt werden kann. S. a. RheinA. **102** II 14/5.

7. Verhältnis des HaftpflichtG., insbes. des § 1 zum § 254. S. IDR. **2** Ziff. 10, **3** HaftpflG. § 1 Ziff. VII, § 254 Ziff. 8, **4** HaftpflG. § 1 Ziff. VII, § 254 Ziff. 7. **a)** *Hammer, Haftung der Eisenbahnen bei Verletzung und Tötung von Personen nach dem RG. v. 7. 6. 71, HirthsAnn. **06** 786 ff., 845 ff. Da § 254 BGB. ein Verschulden des Ersatzpflichtigen nicht voraussetzt, können der Anwendung des § 254 BGB. auf § 1 HaftpflG. um so weniger Bedenken entgegenstehen, als § 254 BGB. im Prinzip dasselbe Ziel verfolgt, als die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 1 HaftpflG. angestrebt hat, durch ein Abwägen der Ursachen und des beiderseitigen Verschuldens zu einer billigen Entscheidung zu gelangen. **b)** **RG.** **62** 350, IW. **06** 192 Ziff. 9, R. **06** 438, 439, DIZ. **06** 430, EisenbE. **22** 400. Der § 254 findet

unbedingte Anwendung auf den Rechtskreis des Haftpflichtgesetzes. **c)** **RG.** **63** 332/3, JW. **06** 459 Ziff. 12, R. **06** 1132 Ziff. 2573. § 254 findet zweifellos auch auf den Schadensersatzanspruch aus § 2 HaftpflG. Anwendung, und zwar aus denselben Gründen, aus denen die Anwendung auf den § 1 aaO. vom RG. des öfteren ausgesprochen ist. Auch im § 2 handelt es sich um eine Haftung wegen Verschulden, wenn auch nicht aus eigenem Verschulden des Haftpflichtigen, auch enthält § 2 über konkurrierendes Verschulden keine eigene Bestimmung.

8. Zum Entwurf eines Automobilhaftpflichtgesetzes. *Gorden, DJZ. **06** 479 ff. Nach dem Entwurfe ist, wie in dem vorbildlichen HaftpflG. die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers dann ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht ist. Diese letztere Art des Ausschlusses der Haftpflicht ist zu beseitigen. Durch die Judikatur des Reichsgerichts ist festgestellt, daß der § 254 auch auf § 1 HaftpflG. Anwendung zu finden hat. Er muß auch auf § 1 Abs. 2 des Entwurfs Anwendung finden. Dessen Wortlaut steht aber nicht im Einklang mit § 254 BGB. Denn die Verursachung des schadenbringenden Ereignisses durch den Verletzten befreit den Betriebsunternehmer nicht schlechthin und unter allen Umständen von seiner Ersatzverbindlichkeit, da trotz Vorliegens eines Verschuldens des Verletzten eine Schadensersatzverteilung stattfinden kann. Die Worte des Entwurfs „oder durch eigenes Verschulden" im Abs. 2 § 1 sind daher irreleitend und empfiehlt sich ihre Streichung.

9. Verhältnis des § 833 zum § 254. S. JDR. **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 9, **4** Ziff. 8. **a)** DJZ. **06** 970, R. **06** 1133 Ziff. 2576 (KG.). Auch der Tierhalter darf einwandweise geltend machen, daß der Schaden in überwiegendem Maße von einem Angestellten des Beschädigten verursacht worden ist. § 278 ist entsprechend auf die Fälle des § 254 anzuwenden, auch hinsichtlich der Worte: „Zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit". Daraus folgt, daß auch bei außerkontraktlichem Schaden der Beschädigte sich nach § 278 eines anderen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wenn dieser andere mit der Wahrnehmung der Angelegenheit betraut war, in welcher der Schaden eintrat. **b)** **RG.** JW. **06** 739 Ziff. 7. Schadensersatzanspruch desjenigen, der durch einen Stoß mit der Schnauze von einem bissigen Pferde umgeworfen wurde und schwere Verletzungen davontrug, nur zu einem Drittel gerechtfertigt, da der Verletzte in unmittelbarer Nähe eines einen Maulkorb tragenden Pferdes vorbeigefahren war. Im allgemeinen handelt schon derjenige unvorsichtig, der ohne Not an einem fremden Pferde so nahe vorbeigeht, daß er den Angriffs- oder Verteidigungsbewegungen des Pferdes, namentlich dem Schlagen oder Beißen ausgesetzt ist. Diese Unvorsichtigkeit wird zur groben Fahrlässigkeit, wenn das Pferd durch Tragen eines Maulkorbes als ein gefährliches gekennzeichnet war. **c)** **RG.** R. **06** 1317 Ziff. 3194. Die Nichtbeachtung eines sich ruhig auf der Straße bewegenden Hundes enthält ein Verschulden, das die Haftung des Tierhalters ausschließt. **d)** **RG.** JW. **06** 350 Ziff. 7, R. **06** 799 Ziff. 1893. Hatte der Tierhalter in berechtigter und erkennbarer Weise jedem Dritten wegen der Bissigkeit des Hundes den Zutritt zum Hofe untersagt, so handelt derjenige, der ohne zwingenden Anlaß gegen das ihm bekannte Verbot den Hof betritt, auf eigene Gefahr. Die Haftung des Tierhalters für den durch den bissigen Hund zugefügten Schaden entfällt gänzlich.

10. Einzelfälle. Insbesondere aus der Rechtsprechung.

a) Zum § 1 HaftpflG. α. Straßenbahnunfälle. S. JDR. **2** Ziff. 12a, **3** Ziff. 10a, **4** Ziff. 10aα. **RG.** JW. **06** 235 Ziff. 22, EisenbE. **22** 403. Hatte sich die Fahrt auf ein kaum noch fühlbares Maß verlangsamt, so liegt in dem Irrtum, die Haltestelle sei erreicht und der Wagen stehe still, — das Haltesignal

war gegeben und die Haltestelle bis auf eine Wagenlänge erreicht — kein Verschulden, wenn der Fahrgast, sich im Sinne der Fahrt rückwärts wendend, ausstieg. — **RG.** JW. **06** 192 Ziff. 8, EisenbE. **22** 401/2, R. **06** 614 Ziff. 430. Im Betreten des Trittbretts, um den geeigneten Moment zum Absteigen abzuwarten, liegt je nach den Umständen noch kein die Verantwortlichkeit der Bahn ausschließendes Verschulden. Ist der Verletzte, der angetrunken war, jedoch ausdrücklich vor der Gefahr gewarnt worden, die durch die Unsicherheit seiner Haltung und Schlüpfrigkeit des Trittbretts erhöht war, so erscheint seine Fahrlässigkeit als eine so hochgradige, daß ihm der Ersatz des erlittenen Schadens ganz versagt werden muß. — **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 225/6. Sturz von dem Vorderperron durch Zurseitetreten nach rechts, wo sich keine Tür befand. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet, sich zu vergewissern, daß der eingenommene Standpunkt keine Gefahren bietet, und, wenn dies der Fall ist, sich dagegen zu sichern. Man muß sich daher, ehe man seitwärts tritt, nach der Seite umsehen. — Prüfung der Frage des mitwirkenden Verschuldens gegenüber der durch den Mangel einer Schutzvorrichtung an der Plattform gesteigerten Betriebsgefährdung. — Niemals ist ein Unfall allein auf das Verschulden des Beschädigten als Ursache zurückzuführen. — **RG.** EisenbE. **22** 384/5. Aufsteigen auf einen in langsamer Fahrt begriffenen Straßenbahnwagen als Fahrlässigkeit, nicht aber unter allen Umständen als grobe F. im Sinne des § 18 I 3 ALR.

β. Eisenbahnunfälle. S. JDR. **3** Ziff. 10aβ, **4** Ziff. 10aβ. **RG. 62** 145 ff., JW. **06** 54 Ziff. 5, EisenbE. **22** 385, R. **06** 291 Ziff. 599, 601. Scheuwerden eines Pferdes infolge eines neben der Chaussee entlang fahrenden Eisenbahnzugs: prinzipiell Haftpflicht des Eisenbahnfiskus gemäß § 1 HaftpflG. begründet, daher, wenn Verschulden auf Seiten des Verletzten, Teilung des Schadens. — Zurückverweisung wegen Höhe des Anspruchs. — **RG.** JW. **06** 421 Ziff. 5, R. **06** 1132 Ziff. 2572. Derjenige Fahrgast, der den Zug besteigt, nachdem er sich in Bewegung gesetzt hat, hat sich nicht unbedingt darauf zu verlassen, daß der Schaffner seinerseits die Kupeetür ordnungsmäßig verschließt, vielmehr selbst den Verschluß zu prüfen; ein ihm infolge mangelhaften Verschlusses zugestoßener Unfall erscheint im anderen Falle von ihm in gewissem Grade selbst verschuldet. (Schadensersatzanspruch des Verletzten nur zu zwei Dritteln begründet.) — BadRpr. **06** 305ff (Karlsruhe). Unfall (Lostrennung eines Fingergliedes): Der Beschädigte schloß während der Fahrt die nach der Plattform des Wagens führende Tür und wurde dadurch verletzt, daß er einen Finger der linken Hand an der Angelseite in den Türspalt brachte, während er mit der rechten die Tür zuzog. Grobe Fahrlässigkeit bejaht. Auf der anderen Seite: Erhöhung der Betriebsgefahr durch Fehlen der Schutzvorrichtung (Schutzleiste gegen das Klemmen der Finger). (Dem Kläger wurde ein Drittel zugesprochen.) — **RG.** JW. **06** 575 Ziff. 52, R. **06** 1317 Ziff. 3193. Konkurierendes Verschulden des Verletzten anzunehmen, der beim Verlassen eines Eisenbahnwagens infolge Ausgleitens auf dem schlüpfrigen Trittbrett stürzte, sich beim Aussteigen jedoch nicht an den zum Schutze angebrachten Seitengriffen festhielt. — **RG.** JW. **06** 544 Ziff. 9, R. **06** 1192 Ziff. 2809. Überwiegendes Verschulden des Verletzten angenommen, der auf einer von einer Lokalbahn durchquerten Straße unachtsam mit einem Wagen fuhr. ($^1/_3$ Ersatz.) — ElsLothJZ. **06** 463 (Colmar). Schadensersatzanspruch des Verletzten zu $^2/_3$ in sachlicher und persönlicher Hinsicht berechtigt: Der Verletzte wollte mit einem Fuhrwerk eine Stelle der Straße passieren, an der in äußerster Nähe die Eisenbahn vorbeiführt; er kannte die Gefährlichkeit der Stelle; trotzdem trifft $^2/_3$ der Ersatzpflicht die Bahngesellschaft, weil sie die nötigen Sicherungsmaßregeln nicht getroffen hat. — ElsLothJZ. **06** 463 (Colmar). Aufstellung eines Handkarrens auf oder so nahe an einem Geleise, daß er von einem zu erwartenden

Schnellzug erfaßt werden konnte, ist unter allen Umständen mitwirkendes Verschulden des Verletzten. Abstumpfung gegen die Gefahren des Eisenbahnverkehrs ist Entlastungsgrund nur für Bahnbeamte. Verschulden der Bahn andererseits infolge nicht genügender Sicherung, Absperrung und Beleuchtung eines für den Verkehr der Milchbeförderer zugelassenen, neben den Bahngeleisen laufenden Weges (Teilung nach Hälften).

b) Automobilunfälle und ähnliches. **RG.** SächsRpflA. **06** 515 ff. Verpflichtung desjenigen, welcher sich in einem Fahrzeug befindet, dessen Führer seiner Botmäßigkeit untersteht, einzugreifen, wenn er wahrnimmt, daß der Führer durch die Art seines Fahrens andere gefährdet. Der Beklagte hätte schon wegen der herrschenden Dunkelheit dem Automobilführer die Weisung geben müssen, erheblich langsamer zu fahren. Jedenfalls aber hätte er dies dann tun müssen, als er wahrnahm, daß vor ihm auf dem Straßendamm Menschen in der Fahrtrichtung des Automobils gingen. Um diese nicht zu gefährden, durfte das Automobil so lange nur langsam fahren, bis deutlich erkennbar war, daß die vor dem Fahrzeug gehenden Personen dessen Herannahen bemerkt hatten. S. ferner Deutsche Straß.-u. KlBZtg. **19** 274, EisenbE. **22** 355 (Cöln). Der Eigentümer eines Gefährts, der in ihm sitzt, ist verpflichtet, seiner eigenen Sachkenntnis entsprechende Anordnungen dann zu treffen, wenn er wahrnimmt, daß durch die Art der Leitung des Gefährtes Gefahr für Gesundheit und Leben Dritter droht. — (Mitwirkendes Verschulden des Verletzten verneint: Daß er sich überhaupt auf dem Straßendamm aufhielt, ist keine Fahrlässigkeit, weil er in dem an der Haltestelle eben einlaufenden Wagen einsteigen wollte. Ebensowenig daß er sich nicht umsah, als er im Begriff war, in den Wagen einzusteigen. Er konnte erwarten, daß an der Haltestelle im Augenblicke des Ein- und Aussteigens ein Wagen nicht so nahe an das Gleis herankam, daß daraus eine Gefahr für die ein- und aussteigenden Fahrgäste entstand.)

c) Weitere körperliche Unfälle. S. JDR. **2** Ziff. 12c, **3** Ziff. 10c, **4** Ziff. 10c. — Auf Straßen. BadRpr. **06** 106 (Karlsruhe). Stehenbleiben auf einer öffentlichen Straße ist an und für sich kein mitwirkendes Verschulden, wenn die hierdurch entstehende Gefahr nicht erkennbar ist. — **RG.** JW. **06** 350 Ziff. 8, R. **06** 799 Ziff. 1892. Jeder Fußgänger auf der Straße hat, namentlich in der Dunkelheit, die Pflicht, sein Augenmerk auf Fuhrwerke, deren Nahen er hört, zu richten, damit er ihnen beim Überschreiten des Fahrdammes in geeigneter Weise ausweicht. Wer diese allergewöhnlichste, von jedem zurechnungsfähigen Menschen zu verlangende Vorsicht außer acht läßt, trägt das überwiegende Verschulden an ihm durch Überfahren zustoßenden Unfällen. — **RG.** JW. **06** 539 ff. Ziff. 4, R. **06** 1002 Ziff. 2347. Wer des Nachts in einer Straße geht, in der offensichtlich umfängliche Aufgrabungen stattgefunden haben, und eine Grabenüberdeckung (Bohlenbelag!) als Weg benutzt, darf sich nicht mit der „gewöhnlichen Aufmerksamkeit" begnügen, die ein Fußgänger anzuwenden pflegt, wenn er sich auf einer Straße bewegt, auf der er den normalen Zustand voraussetzen darf, er muß vielmehr eine erhöhte Vorsicht beobachten, sonst liegt bei eingetretenem Unfall jedenfalls konkurrierendes Verschulden auf seiner Seite vor. — BadRpr. **06** 168 ff. Ziff. 80 (Karlsruhe). Konkurrierendes Verschulden des Straßengängers, der auf einer dunklen Straße verunglückt, ist nicht darin zu finden, daß er eine Laterne nicht bei sich führt. — WürttJ. **18** 16 ff. (Stuttgart). Das Befahren einer von der Stadtgemeinde mit Bestellung eines Aufsehers freigegebenen Schlittenbahn ist bei Ansammlung von Zuschauern an sich noch nicht fahrlässig, Fahrlässigkeit kann in der Handhabung des Schlittens liegen; mitwirkendes Verschulden des Verletzten, der als Zuschauer sich einen hinreichend sicheren Standpunkt nicht wählte, zu bejahen. — **RG.** JW. **06** 422 Ziff. 6, R. **06** 1132 Ziff. 2571. Überwiegendes Verschulden

desjenigen angenommen, der auf dem Fahrdamm einer Straße, durch die die elektrische Bahn fährt, mit einer Sense ging, deren Griff von der Bahn erfaßt wurde, wodurch er zu Fall kam und beim Aufstehen sich Verletzungen zuzog. ($^1/_3$ zugebilligt.) — **RG.** JW. **06** 710 Ziff. 4. Ersatzpflicht verneint im folgenden Fall: A. hatte sich auf den von dem 12jährigen Sohne des B. geführten Wagen, der ohne Laterne eine dunkle Landstraße entlang fuhr, aufnehmen lassen und war bei einem Zusammenstoß mit einem entgegenkommenden Fuhrwerk vom Wagen gefallen. Das Verschulden des A., der sich dem unbeleuchteten, von einem Zwölfjährigen geführten Wagen anvertraut, das an ein „Handeln auf eigene Gefahr" grenzt, ist so überwiegend, daß ihm ein Ersatzanspruch nicht zusteht. ➻ Diese Entscheidung, so wichtig sie als Einzelfall sein mag, verdient besondere Beachtung mit Rücksicht auf ihren grundsätzlichen Gehalt. Wer sich freiwillig in eine gefahrvolle Lage begibt oder jedenfalls in eine Lage, aus der bestimmte und eigenartige Gefahren sich entwickeln können, begibt sich gleichzeitig damit auch seines Anspruchs auf Geltendmachung von Rechten, die ihm sonst vielleicht aus den betreffenden Schäden und Gefahren erwachsen sein würden. Hierunter fällt das Mitnehmen aus Gefälligkeit und die bekannte Streitfrage, die sich an diesen Tatbestandstypus angeknüpft hat. — Red. ⟵ β. In Gebäuden. S. JDR. **3** aaO. zu γ, **4** aaO. zu β. **RG.** JW. **06** 710 Ziff. 5. Ersatzanspruch desjenigen, der in der Nacht bei Rückkehr in seine Wohnung fehlgegangen und anstatt an die nach seiner Wohnung führende Treppe an den in unmittelbarer Nähe der Haustür befindlichen Kellereingang geraten und dort die Treppe hinabgestürzt war, hinsichtlich der Hälfte für berechtigt erklärt. — **RG.** JW. **06** 110 Ziff. 8. Verschulden des Hauswirts vorliegend, falls ein mit besonderen Hindernissen (Stufe!) versehener Hausflur nicht schon in der Dämmerung beleuchtet wird, aber auch mitwirkendes Verschulden des Verletzten, der sich in einem ihm unbekannten Hausflur nicht langsam und ohne Vorsicht bewegt, da er allerlei Hindernisse erwarten muß. (Vgl. JW. **03** Beil. 122, **05** 45 Ziff. 9, GruchotsBeitr. **47** 643, R. **04** Ziff. 580.) — **RG.** JW. **06** 806 Ziff. 2. A., der langjähriger Mieter war, ist von einem auf der dunklen Treppe liegenden Hund des B., an den er stieß, und der infolgedessen aufsprang, die Treppe hinuntergestoßen worden. Verschulden des A. insofern angenommen, als er die üble Gewohnheit des Hundes kannte und trotzdem unachtsam die Treppe hinaufging. Anspruch des A. zu $^3/_4$ dem Grunde nach für gerechfertigt erklärt. — **RG.** JW. **06** 738 Ziff. 6. Unfall durch Herunterstürzen einer Kellertreppe. Wirt nicht haftbar, da er die Räume vermietet, mithin für Beleuchtung nicht sorgen konnte und durfte. Mieter infolge fehlender Beleuchtung haftbar, jedoch nur zu einem Drittel, da überwiegendes Verschulden des Verletzten vorlag, der sich in unbekannten Räumen ohne die geringste Vorsicht und Überlegung bewegt hatte. — **RG.** DJZ. **06** 1261, R. **06** 1374 Ziff. 3274. Ersatzanspruch zur Hälfte anerkannt in einem Falle, wo der Stammgast eines Weinkellers auf der im Februar um $4^1/_2$ Uhr nicht beleuchteten zum Lokal führenden Treppe verunglückte. (Wirt war zur Beleuchtung verpflichtet, der Verletzte zu größerer Vorsicht beim Hinuntergehen der Treppe.) — **RG.** JW. **06** 54 Ziff. 4, R. **06** 290 Ziff. 597. Überwiegendes Verschulden des Klägers, der, ohne sich nach der Lage einer Bedürfnisanstalt im Lokal zu erkundigen, durch eine beliebige Tür in einen dunklen Raum gegangen ist, lediglich auf die durch keine äußeren Umstände veranlaßte, willkürliche Annahme hin, dort sei die Bedürfnisanstalt. — Kein Schadensersatzanspruch. — RheinA. **102** I 138 (Cöln). Derjenige Motorfahrer, der auf der Rennbahn neben einem Steher (Dauerfahrer) einen Flieger fahren läßt, ohne darauf zu dringen, daß dieser die Fahrt unterbreche, handelt ebenso schuldhaft, wie der Flieger, der

sich in diese bekannte Gefahr begibt (Schadensersatzanspruch der Mutter des getöteten Fliegers zur Hälfte anerkannt). — Bestätigt vom **RG.** BayRpflZ. **06** 341. Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn dem Motorfahrer, der einen unvorsichtigen, zur betr. Zeit nicht auf die Rennbahn gehörenden „Flieger" überfahren hat, die Hälfte der Schuld deshalb zuerkannt wird, weil er auf Entfernung des Fliegers nach der Rennbahnordnung dringen konnte und mußte. **d)** Bei Vertragsverhältnissen. Vgl. JDR. **4** Ziff. 10 d. α. Käufer und Verkäufer. **RG.** Holdheims MSchr. **06** 336/7, R. **06** 1255. Kann nach den besonderen geschäftlichen Verfügungen über die ihm zu machende Leistung aus einer schuldhaften Nichterfüllung oder Verspätung der Erfüllung ein erheblich größerer Schaden verursacht werden, als der schädigende Vertragsgegner bei Anwendung gehöriger Sorgfalt annehmen kann, so ist es Pflicht des einen Vertragsteils (§ 242), den Vertragsgegner darauf aufmerksam zu machen, damit er eine besondere Sorgfalt anwende. (Anwendung des § 254 bejaht in einem Falle, wo dem einen Teile durch Verzug mit einer Rate ein ungewöhnlich hoher Schaden erwuchs, weil er die Vertragsleistung zur Leistung in einem langfristigen und komplizierten Vertragsverhältnisse bestimmt hatte. Abweisung der Ersatzklage wegen überwiegenden Verschuldens.) β. Wandelungsbegehren. Einzelfall: HessRspr. **6** 165 (LG. Gießen). Wer einem begründeten Wandelungsbegehren nicht Folge leistet, sich vielmehr auf einen Prozeß einläßt, kann einen Schaden, der ihm durch die verspätete Wandelung zugefügt ist, nicht geltend machen, es liegt eigenes Verschulden auf seiner Seite vor. γ. § 453 Abs. 3 HGB. und § 254. **RG.** JW. **06** 12 Ziff. 9, EisenbE. **22** 293, R. **06** 799 Ziff. 1894. Die Bestimmung des § 254 hat auch bei der durch Abs. 3 des § 459 HGB. veranlaßten Prüfung zur Anwendung zu kommen, und die nackte Behauptung, daß der Schaden überwiegend von der einen oder anderen Person verursacht sei, genügt für die Begründung einer Entscheidung nicht. (Klägerin hatte Transport im offenen Wagen mit zwei Wagendecken verlangt, die Eisenbahnverwaltung hatte mangelhafte Decken verwendet, wodurch ein Schaden der transportierten Ware entstanden war.) S. zu § 459 HGB. δ. Verkaufen unter dem Einkaufspreise. **RG.** SächsA. **15** 616, R. **06** 240 Ziff. 422. Der Umstand, daß ein Kaufmann einzelne Waren unter dem Herstellungs- oder Einkaufspreise verkauft zu dem Zwecke, dadurch Käufer für andere Waren zu gewinnen, stellt — abgesehen von besonderen Verhältnissen — weder i. S. des § 276, noch in dem des § 254 ein Verschulden dar. ε. Hufschmiedvertrag. **RG.** PosMSchr. **06** 3. Der Hufschmied trat zum Beschlagen eines Pferdes so an das Pferd heran, daß er, als das Tier ausschlug, getroffen wurde. Er hätte sich dem Pferde derart nähern müssen, daß er den Huf zu besichtigen vermochte, ohne daß er getroffen werden konnte, oder andere Vorsichtsmaßregeln ergreifen müssen. ➵ Das RG. läßt es dahingestellt, ob es nicht als selbstverständlich (§ 157) erscheinen könnte, daß ein Hufschmied, der das Beschlagen eines Pferdes übernimmt, auch die mit dieser Arbeit notwendig verbundenen Gefahren auf sich zu nehmen hat. (**RG.** JW. **05** 143 Ziff. 22.) — Die Bejahung dieser Frage unterliegt wohl keinem Zweifel. — Red. ⇜ ζ. Spezialitätentheater. FrankfRundsch. **06** 64 (Frankfurt). Mitwirkendes Verschulden des Hippodromdirektors liegt vor, der ein von einem Artisten zur Ausführung des Aktes „Looping the Loop" aufgestelltes Gerüst, das bei der Vorführung nicht standhielt, auf seine Tragfähigkeit zu prüfen unterlassen hatte. η. Versicherungsverhältnis. **RG.** BadRpr. **06** 148. Eine Weigerung der Angehörigen eines tödlich Verunglückten, die Leiche auf Erfordern der Versicherungsgesellschaft sezieren zu lassen, ist nicht mitwirkendes Verschulden, wenn diese Weigerung lediglich in Erwägungen religiöser und pietätvoller Natur ihren Grund hat.

Solche ethischen Bedenken müssen als berechtigt vollauf anerkannt werden. ϑ. Haftung des Notars. DNotV. 06 773 (Cöln). Der Notar, der einen privatschriftlichen Grundstückstauschvertrag beurkundet, haftet, wenn sich später herausstellt, daß eine Hypothek nicht beachtet ist und hieraus dem Erwerber ein Schaden erwächst; er war nicht der Prüfung enthoben, ob der Privatvertrag die Willensmeinung der Parteien richtig wiedergebe, es liegt Verschulden aus dem Dienstvertrage vor. Jedoch auch die Partei, die es unterließ, die Hypothekenverhältnisse zur Sprache zu bringen, trifft ein Verschulden, es kommt daher § 254 in Betracht. ι. Buchbinder und Presser. GewKfmG. 06 196 Ziff. 47 (Leipzig). Kein Ersatzanspruch des Buchbinders, wenn der Presser einen Satzfehler gemacht hat, diesen Satzfehler bei der geschäftlichen Kontrolle übersehen und dadurch dem Geschäft ein Schaden entstanden ist; das Verschulden des geschädigten Buchbinders ist überwiegend. — e) Zwangsvollstreckung. Intervention. Arrest. Vgl. JDR. 2 Ziff. 12e Abs. 1, 2, 3 Ziff. 108, 4 Ziff. 10e. RG. SeuffBl. 06 411 ff. hält die Frage für wesentlich, ob Schaden durch Bewirken des Verkaufs der gepfändeten Gegenstände und Hinterlegung des Erlöses hätte abgewendet werden können (§ 254 Abs. 2). Maßgebend ist, ob die Herbeiführung eines Verkaufs für Rechnung dessen, den es angeht, eine Maßregel ist, die von dem betreffenden Geschäftsmann unter den obwaltenden Umständen mit Fug erwartet werden konnte. — RG. BayRpflZ. 06 1516. Nicht schon die durch das Versäumnisurteil gewährte Befugnis zur Vollstreckung, sondern die Versteigerung der Waren hat den Schaden herbeigeführt. Frage des Mitverschuldens: ob der Einspruchserhebende es unterlassen hat, den Versteigerer auf die Gefahr eines mit der Versteigerung verbundenen ungewöhnlichen Schadens aufmerksam zu machen. — SächsOLG. 06 524. Wer in seinem Auftrag bei einem Versteigerungstermin eine Zinsforderung anmelden läßt und durch den Beauftragten hierbei Schaden erleidet, ist zum Teil für den Schaden selbst verantwortlich, wenn der Beauftragte, der ihm bekannt war, sich zur Ausführung des Auftrags wenig eignete, und er den Auftrag selbst hätte vollführen können. — RG. R. 06 372 Ziff. 911. Die Ersatzpflicht des Gerichtsvollziehers, der schuldhaft versäumt hat, einen ihm erteilten Pfändungsauftrag auszuführen, erlischt, wenn der Gläubiger in der Lage war, durch Pfändung von Forderungen des Schuldners sich zu befriedigen, solche Pfändung zu erwirken, aber schuldhaft unterläßt. — S. ferner unten zu § 276 Ziff. 59. — f) Weitere Einzelfälle. α. Nichtverwendung von Beitragsmarken zur Alters- und Invalidenversicherung durch den Arbeitgeber. Brunn, ABürgR. 28 271 ff. (s. u. zu § 618), der diese Frage erörtert, meint (278 ff.): Ein Verschulden des Arbeitnehmers (nach § 254) ist schon darin zu finden, daß er nicht rechtzeitig dem Arbeitgeber die Quittungskarte behufs Einklebung der Marken vorgelegt hat. Falls der Arbeitgeber trotz Vorlegung der Karte die Beitragsentrichtung verweigert, muß der Arbeitnehmer durch Anrufen der zuständigen Behörde die Verwendung von Marken erzwingen. Auch § 144 JVG. ist zu beachten. In der Nichtausübung der dort bestimmten Befugnis ist ein Verschulden zu erblicken. In der Regel also hat ein Verschulden des Arbeitnehmers bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt. Dagegen läßt sich eine allgemeine Regel über die Bemessung des Verschuldens auf beiden Seiten nicht aufstellen. Vgl. ferner RG. 63 53 ff. β. Pflicht des Betriebsunternehmers zur Anzeige von Betriebsunfällen. SeuffBl. 06 167 (Stuttgart): Aus der Eigenschaft des GewUVG. — als eines Teiles der zur Fürsorge für die Lohnarbeiter bestimmten Gesetzgebung — ist darauf zu schließen, daß es dem Betriebsunternehmer nicht erlaubt sein kann, durch — selbst unabsichtliche — Erschwerung der Kenntnisnahme von vorgekommenen Unfällen seine Pflicht zur Anzeigeerstattung einzu-

schränken, daß es ihm vielmehr obliegt, alle Vorkehrungen zu treffen, die zur alsbaldigen Ermittelung und Ermöglichung rechtzeitiger amtlicher Untersuchung von Betriebsunfällen dienlich sind. Unkenntnis von dem Unfall eines Angestellten entschuldigt daher den Unternehmer nur dann, wenn diese Unkenntnis nicht auf sein Verschulden zurückzuführen ist. Dagegen begründet es auch ein teilweises Verschulden eines Angestellten, wenn er sich nicht um die Verfolgung seiner Ansprüche aus dem GewUVG. bekümmert. γ. Redaktionelle Behandlung der Manuskripte. DJZ. **06** 372, R. **06** 503 Ziff. 1155 (KG.). Der Verleger oder Redakteur einer Zeitschrift, welcher auf seine Aufforderung hin Manuskripte erhält, übernimmt die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung und Rücksendung der Handschrift, wenn er von dem Abdruck absteht. In der Zusendung eines Manuskripts ohne Zurückbehaltung einer Abschrift liegt kein Verschulden des Autors. Der Verleger oder Redakteur muß in Betracht ziehen, daß er eine Arbeit empfängt, die möglicherweise nur einmal vorhanden ist und deren Wiederherstellung im Falle des Verlustes, sofern sie überhaupt möglich ist, einen Aufwand an Zeit und geistiger Kraft erheischt. Ein Hinweis gemäß § 254 Abs. 2 ist daher nicht erforderlich. δ. Verschulden eines Segelschiffers. **RG.** JW. **06** 301 Ziff. 5. Überwiegendes Verschulden des Führers eines Segelschiffes, der mit einem Schleppzug im Kieler Hafen zusammenstieß, dadurch, daß er bei dem Versuch, den Schleppzug zu umfahren, unvorsichtig und ungeschickt vorging. ε. Unfall durch eine Mähmaschine. BayRpflZ. **06** 387 (Augsburg). Überwiegendes Verschulden desjenigen, der von einer Grasmähmaschine durch eine Bewegung eines vor sie gespannten Pferdes verletzt ist, weil er die Wegräumung des Grases nicht von hinten begonnen hat, auch den sog. Fingerbalken durch den an ihm befestigten Kipphebel nicht in die Höhe stellte. (Kein Ersatzanspruch.)

§ 255. 1. Oberneck, JWBl. **06** 82, wendet sich gegen Stintzing, Vorteilsanrechnung (JDR. **3** Ziff. **2** b).

2. **RG.** JW. **06** 109 Ziff. 7, R. **06** 371 Ziff. 909, 912. Entsprechende Anwendung des § 255 geboten in einem Falle, wo der zur Herausgabe eines Wechsels Verpflichtete wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe Ersatz leisten muß, wenn auch hier nicht der endgültige Verlust des Rechtes aus dem Wechsel in Frage steht. Die Abtretung der Ansprüche aus dem Wechsel hat hier zunächst nur die Bedeutung, dem Ersatzpflichtigen die etwa fehlende Legitimation zur Betreibung des Aufgebots zu verschaffen und dem Beschädigten diese Legitimation, die er mißbrauchen könnte, zu nehmen.

§ 259. **a)** SächsRpflA. **06** 247, R. **06** 1194 Ziff. 2827 (Dresden). Aus einer Vereinbarung, wonach die eine Partei einen Kaufvertrag schließen und den Gewinn aus diesem Vertrag mit der anderen Partei teilen sollte, ist an sich nicht Gesellschaftsvertrag, sondern ein besonders geartetes Schuldverhältnis, aus dem jedoch dem anderen Gewinnberechtigten ein Anspruch auf Rechnungslegung entspringt, da er andernfalls sein Recht aus dem Vertrag auf Zahlung nicht durchführen könnte. Die Rechnungslegung stellt sich als ein Teil der Erfüllung des Vertrags von seiten des Gegners dar. Da auch auf die im BGB. nicht aufgeführten Schuldverträge die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über Schuldverhältnisse Anwendung finden, so bestimmt sich der Umfang der Rechnungslegung nach § 259. **b)** SeuffA. **61** 232 (Braunschweig). Über eine Verwaltung oder Geschäftsbesorgung, die der Verwaltende oder Geschäftsführer lediglich in eigenen Angelegenheiten vornimmt, braucht er einem Dritten, mag dieser auch an den Ergebnissen jener Tätigkeit mittelbar interessiert sein, keine Rechenschaft abzulegen.

§ 260. HansGZ. **06** Beibl. 230 (Hamburg). Unter einem Inbegriff von Gegenständen ist jede Mehrheit von Vermögensgegenständen zu verstehen, bei welcher

der Berechtigte nach dem obwaltenden Verpflichtungsgrunde nicht in der Lage ist, die einzelnen Gegenstände zu bezeichnen. (Im vorliegenden Falle handelte es sich um eine Erbschaft.) Ebenso R. **06** 1192 Ziff. 2816 (Frankfurt). S. über Inbegriff von Gegenständen IDR. **2** Ziff. 3, **4** Ziff. 2.

Zu §§ 262 ff. Literatur: Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) im deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1906. — Siber, KrVSchr. **46** 530ff.

1. *Siber: Die Wahlschuld enthält nur einen Anspruch, der bis zum Eintritt der Beschränkung auf eine unbestimmte, nachher auf eine bestimmte Leistung geht. Dies zeigt sich praktisch darin, daß schon vor der Beschränkung auf eine bestimmte Leistung Schuldner- und Gläubigerverzug sowie deren Vereinigung möglich sind. Vor der Beschränkung indirekte Verpflichtung des Schuldners zur Nichtvereitelung einer der Leistungen, bei Wahlrecht des Gläubigers zur Nichtvereitelung beider Leistungen (533 f.). — Wandelung und Minderung sind nicht Inhalt einer Wahlschuld, sondern Inhalt zweier gegeneinander auflösend bedingter und bis zur bindenden Wahl „verhaltener" (Langheineken) Ansprüche; darum ist hier, anders als bei Wahlschulden, vor der bindenden Wahl kein Verzug möglich (532 f.). — Sukzessivschuld, sog. facultas alternativa, des Gläubigers. Sie hat mit der facultas alternativa des Schuldners so gut wie keine Ähnlichkeit und kann vor allem nicht so gedacht werden, daß hier der Gläubiger eine nur in solutione befindliche Leistung fordern könnte; eine Leistung, die der Gläubiger fordern kann, ist notwendig in obligatione. Sie steht der Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers viel näher, weicht aber von deren im BGB. geregelten Typus darin ab, daß bei ihr verschiedene Leistungen nicht gleichzeitig, sondern nacheinander in obligatione sind, und zwar die ev. geschuldete erst nach ihrer bindenden Wahl durch den Gläubiger (549 ff.). Bei der Sukzessivschuld besteht, wie bei der Wahlschuld, nur ein Anspruch, aber ein solcher mit wechselndem Leistungsgegenstand (545 ff.). — Davon verschieden sind Fälle zweier einander ablösender Ansprüche, z. B. auf Erfüllung und Vertragsstrafe. Der Unterschied zeigt sich praktisch darin, daß die Verzugsbereinigung bei der Sukzessivschuld den Anspruch im ganzen betrifft; daß die Eventualleistung, wenn sie auf Grund Schuldnerverzugs gefordert werden kann, nach der Verzugsbereinigung überhaupt nicht mehr gefordert werden kann (547 f.). Die Vertragsstrafe kann dagegen trotz nachträglicher Verzugsbereinigung noch gefordert werden (548 f.). — Von den drei Kriterien, die Litten für die Sukzessivschuld aufstellt, sind unzutreffend das erste: daß nach zufälligem Unmöglichwerden der zunächst geschuldeten Leistung auch die Eventualleistung nicht mehr gefordert werden könne (541 f.). Unzutreffend das zweite: daß nur die Wahl der Eventual-, nicht die der Prinzipalleistung für den Gläubiger bindend sei. Allerdings schließt die Bewirkung der Eventualleistung stets die der Prinzipalleistung aus, nicht auch umgekehrt immer die Bewirkung der Prinzipalleistung die Eventualleistung. Dagegen schließt die einseitige Wahl der Eventualleistung ein Zurückgreifen auf die Prinzipalleistung nur in Fällen aus, wo auch deren Bewirkung die Eventualleistung ausschließt, und zwar auch hier nicht die pure Wahlerklärung, sondern nur die mit Fristsetzung (z. B. §§ 250, 283, 326, 634, dagegen nicht §§ 843 Abs. 3, 1580 Abs. 2, 1201 Abs. 2, 915). Die einseitige pure Wahlerklärung ist, außer nach § 1345, niemals bindend, da § 263 nicht entsprechend anwendbar ist (543 f., 551 f.). Zutreffend das dritte, daß der Gläubiger — anders als bei Wahlschulden — nicht durch Aufforderung zur Wahl, sondern nur durch Angebot der Prinzipalleistung in Annahmeverzug gesetzt werden kann (544 f.).

2. *Gernsheim: Die Schuld mit Ersetzungsbefugnis ist im Gegensatz

zur Wahlschuld ein einfaches, auf eine bestimmte Leistung gerichtetes Schuldverhältnis, dem als besonderes dem Schuldner oder Gläubiger gewährtes unselbständiges Gestaltungsrecht (27) die Ersetzungsbefugnis anhaftet. — Ersetzungsbefugnis des Schuldners (§ 1) = Recht des Schuldners, die geschuldete Leistung durch eine andere nicht geschuldete und niemals Schuldgegenstand werdende Leistung zu ersetzen = Befugnis zur Leistung an Erfüllungsstatt (14 f.). — Ersetzungsbefugnis des Gläubigers = Recht des Gläubigers, den Schuldgegenstand zu ersetzen, an Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf die Hauptleistung einen neuen auf die Ersatzleistung zur Entstehung zu bringen (53, 61). — Ersetzungsbefugnis ist Befugnis zur Ersetzung nur von Leistungen, nicht von Rechten (Befugnissen) (12 f.). Die Ersatzleistung muß eine vollständig „andere" sein als die geschuldete. Das ist sie regelmäßig dann nicht, wenn dieselbe Sache oder Dienstleistung nur unter anderer Modalität, z. B. an einem anderen Orte oder an einen anderen Empfänger geleistet wird (20 f.). Ebenso Dernburg, BürgR. II § 45 I; aM. RG. JW. **04** 200; Planck, Vorbem. I vor § 262; Langheineken, JDR. **2** zu § 262 Ziff. 2 III. Wahlschuld und Schuld mit Ersetzungsbefugnis sind von durchaus verschiedener rechtlicher Gestaltung, so daß nicht einmal eine analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Wahlschuld zulässig ist (gegen Neumann (3) 224) (45 ff.). — Die Ersetzungsbefugnis des Schuldners kann nie — wie der Wahl — durch einfache Erklärung, sondern nur dadurch ausgeübt werden, daß die Ersatzleistung an Stelle der geschuldeten bewirkt wird (51, 89 f.). — Dagegen wird die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers dadurch ausgeübt, daß der Gläubiger dem Schuldner erklärt, er verlange die Ersatzleistung. Diese Ersetzungserklärung ist endgültige, unwiderrufliche Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers (100 ff., gegen Langheineken, JDR. **2** zu § 262 Ziff. 2 IVb). — Die Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ist ebenso wie die Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners eine einfache Schuld. Es bestehen hier nicht etwa zwei durch den Willen des Gläubigers bedingte Obligationen nebeneinander, wie Regelsberger, JheringsJ **16** 166 f., annimmt, auch nicht zwei resolutiv bedingte Ansprüche (vgl. Langheineken 201, auch Pescatore § 32), sondern es besteht stets nur ein Anspruch. Erst durch Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers entsteht der Anspruch auf die Ersatzleistung, der den primären Anspruch auslöst. — Während bei der Wahlschuld der wahlberechtigte Gläubiger richtiger Ansicht nach alternativ auf beide geschuldete Leistungen zugleich klagen kann, kann bei der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers der Gläubiger weder alternativ — noch auch etwa auf die Hauptleistung und zugleich eventuell auf die Ersatzleistung klagen (65, 230 ff., insbes. gegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht 111 f., Langheineken 203/4). Hingegen kann der ersetzungsberechtigte Gläubiger — anders als der wahlberechtigte Gläubiger — zunächst auf die primäre Leistung und nachher doch noch auf die Ersatzleistung klagen oder auch nach § 268 Ziff. 3 ZPO. mit der erhobenen Klage von dem primären auf den Ersatzleistungsanspruch übergehen, weil durch die Klage auf die primäre Leistung die Ersetzungsbefugnis noch nicht ausgeübt ist (223 ff.). — Während bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht ein dritter Gläubiger den alternativen Anspruch pfänden lassen und dann selbst an Stelle des wahlberechtigten Gläubigers wählen kann, kann bei der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers der dritte Gläubiger nur den (alleinbestehenden) Anspruch auf die Hauptleistung pfänden lassen. Ist dieser der Pfändung nicht unterworfen, so ist eine Pfändung überhaupt nicht möglich, auch wenn etwa der Ersatzgegenstand ein pfändbarer ist, wie z. B. im Falle des § 843 (65, 191 ff.). — Der ersetzungsberechtigte Gläubiger, der die

Annahme der ihm von dem zur Erfüllung befugten Schuldner angebotenen Hauptleistung verweigert, ohne von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch zu machen, geht infolge des Annahmeverzugs regelmäßig seiner Ersetzungsbefugnis verlustig, so z. B. im Falle des § 249 Satz 2 (§ 7 insbes. 152). — Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers kann mit dem primären Anspruch, dem sie anhängt, abgetreten werden, aber nicht gegen den Willen des Gläubigers auf einen Dritten übergehen. Wird dem ersetzungsberechtigten Gläubiger der primäre Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung endgültig entzogen, so wird dadurch die Ersetzungsbefugnis zum Untergang gebracht (217 ff.). — Der im Konkurs befindliche ersetzungsberechtigte Gläubiger kann als Gemeinschuldner, da er mit dem Konkursbeginn das Verfügungsrecht über den primären Anspruch verliert, seine Ersetzungsbefugnis nicht ausüben. Aber auch durch den Konkursverwalter kann die Ausübung nicht erfolgen, weil diese ausschließlich von der freien Entschließung des Berechtigten selbst abhängig ist. — Besonders charakteristische gesetzliche Fälle der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers im BGB. (262 ff.) in §§ 843 Abs. 3, 844 Abs. 2, 845, 1580 und 915 mit 912 Abs. 2 BGB.; weitere gesetzliche Beispiele nur in §§ 249 Satz 2, 340 mit 342, 1201 Abs. 1 mit 1133, 1345, 1346 BGB. Ferner z. B. im § 27 (26) des Ges. v. 20. 4. 92 betr. die GmbH. — Eine besondere Art: in §§ 538 Abs. 2 und 633 Abs. 3. — Was man sonst (vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede 204 ff., Pescatore § 32) unter dem Sammelnamen facultas alternativa des Gläubigers zusammenfaßt, sind entweder Fälle der Wahlschuld oder sonstiger alternativer Anspruchskonkurrenz, jedenfalls aber nicht einfache Schuldverhältnisse mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers (194, 276, 281). Keine Fälle der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers sind insbes. die Fälle des Fristbestimmungsrechts in §§ 250, 283, 326 BGB., gegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht 103, Siber, KrVSchr. **46** 538 (124, 230, 232). — Gesetzliche Fälle der Ersetzungsbefugnis des Schuldners 237 ff.

3. Über Litten und Langheineken s. IDR. **2** §§ 262—265, über Pescatore IDR. **4** zu §§ 262—265.

§ 262. **a**) *Springer, Der Kauf nach deutschem Recht. Leipzig 1906. Ein Fall, in dem das Wahlrecht der Gläubiger (hier der Käufer) hat, ist der Kauf mit der Verabredung, der Käufer dürfe die Sache umtauschen (12). **b**) PuchetsZ. **05** 34 ff. (LG. Düsseldorf). Wenn nach dem Vertrage dem Käufer die Wahl bleibt, ob er sofort gegen $1^1/_2$ pCt. Skonto oder durch eine Monatstratte gegen $1^1/_2$ pCt. Skonto oder durch Dreimonatstratte zahlen will, ist der Käufer nur mit diesem Wahlrechte zu zahlen verpflichtet. Ein dieser Abrede entgegenstehender Vermerk auf der Rechnung kann die Abrede nicht ohne weiteres beseitigen, auch wenn der Käufer sich auf diesen Vermerk nicht erklärt, er durfte ihn unbeachtet lassen. **c**) SächsRpflA. **06** 36/7 (Dresden). Verkauf einer größeren Partie Öfen mit der Abrede, daß „von dem Rechnungsbetrag ein Fünftel in Hypotheken in Zahlung genommen werde nach Auswahl der Klägerin". Das Gericht nimmt Vorliegen nur einer facultas alternativa an, daß Gegenstand der Verpflichtung die Geldleistung allein und Schuldner nur berechtigt ist, sich von ihr durch Hingabe einer Hypothek zu befreien. (S. auch u. § 315 Ziff. 4.) **d**) BayObLG. **6** 724 ff., R. **06** 114. Ein Vertrag, inhalts dessen ein Grundstück an eine von A. zu gründende GmbH. oder, falls diese Gesellschaft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Entstehung nicht gelangt, an A. selbst verkauft werden soll, enthält zwei bedingte Kaufverträge; eine Wahlschuld liegt nicht vor, da nur eine einzige Leistung geschuldet wird.

§ 266. **a**) OLG. **12** 33, R. **06** 240 Ziff. 423, 424 (Hamburg). (Vgl. IDR. **4** Ziff. 1.) Bestätigt durch **RG.** SeuffA. **61** 264. **b**) **RG.** ElsLothIZ. **06** 328,

HoldheimsMSchr. **06** 111, R. **06** 291 Ziff. 602. Unberechtigte Teilleistung liegt nicht nur dann vor, wenn in der Absicht späterer Nachlieferung des Restes weniger geliefert wird, als vertraglich bedungen ist, sondern auch dann, wenn die Lieferung des Teiles mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung angeboten wird, daß der Rest nicht nachgeliefert werden könne oder solle. Teilleistung ist begrifflich eine unvollständige Leistung. Aber nicht jeder noch so geringe und für das Interesse des Käufers bedeutungslose Mengeunterschied vermag die Anwendung des § 266 zu rechtfertigen. Das würde der durch die Grundsätze von Treu und Glauben beherrschten Verkehrssitte widersprechen. Es kommt entscheidend auf den Umfang und die Bedeutung der Unvollständigkeit für den Käufer an. **c)** *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht. Über Teilbarkeit einer Teilleistung der Unterlassung. S. u. zu § 420.

§ 267. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht. Eine Bewirkung der geschuldeten Unterlassung durch Dritte ist unmöglich (193). Ebenso ist Gehilfenzuziehung bei der Unterlassung undenkbar.

2. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 41, 79, 115 f. Der Pfandgläubiger kann bei Widerspruch des Pfandschuldners die Einlösungszahlung des Verpfänders ablehnen, nicht die des Pfandeigentümers. Der Schuldner hat kein Recht auf Widerspruch.

§ 269. 1. *H. Lehmannn, Die Unterlassungspflicht, erörtert 173 ff. a) die örtliche Bestimmtheit der Leistung; b) die analoge Anwendbarkeit des § 269 auf die negative Obligation unter eingehender Kritik und Widerlegung der Urteile des **RG. 51** 312, JW. **03** Beil. 185, GruchotsBeitr. **47** 919.

2. SächsRpflA. **06** 137 (Dresden). Die am Orte der Handelsniederlassung des Verkäufers geltenden geschäftlichen Gebräuche sind für seine Verpflichtung im Zweifel maßgebend.

3. Fortlaufende Geschäftsverbindung. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 4.

a) Vereinbarung bejaht α. KGBl. **06** 86 (LG. I Berlin). Der Vermerk „Erfüllungsort Berlin" auf Orderbestätigungen und Fakturen kann bei längerem Geschäftsverkehr zwischen zwei Parteien rechtliche Bedeutung in der Weise erlangen, daß das Stillschweigen der anderen Partei für Einverständnis mit der fraglichen Vereinbarung zu gelten hat. Vgl. hierzu auch SächsRpflA. **06** 275, R. **06** 1192 Ziff. 2812 (Dresden). β. SächsRpflA. **06** 231, R. **06** 1192 Ziff. 2811 (Dresden). Die Abrede „Erfüllungsort N." ist nach dem Wortlaut und allgemeinen Handelsgebrauch auf die Verpflichtungen beider Vertragsparteien zu beziehen.

b) Vereinbarung verneint. α. SächsRpflA. **06** 232 ff., R. **06** 1192 Ziff. 2813 (Dresden). Der Randvermerk auf geschäftlichen Briefformularen „Für alle mit mir abzuschließenden Verträge ist beiderseits Erfüllungsort N." führt nicht schon dann zur Annahme einer stillschweigend dahingehenden Vereinbarung, wenn die andere Partei diesen Randvermerk in den folgenden Korrespondenzen und namentlich Bestätigungsschreiben unwidersprochen läßt, der Vereinbarung in den Vorverhandlungen jedoch niemals Erwähnung getan ist. Die Nichterwähnung dieser Vereinbarung in einem Vertragsbestätigungsschreiben muß für die andere Partei als genügende Veranlassung gelten, dies in dem Bestätigungsschreiben ihrerseits hervorzuheben. Anderenfalls kann der andere Teil mit Recht annehmen, daß es sich um einen unverbindlichen Formularvermerk handelt. β. SächsRpflA. **06** 234 (Dresden). Der auf dem Rande eines Bestellzettels befindliche Vermerk „Erfüllungsort N." ist dann als unverbindlich anzusehen, wenn die Vereinbarung an sich für den Besteller nur höchst lästig ist, und anzunehmen ist, daß er infolge nicht genügender Gewandtheit und anderer beson-

derer Umstände (Ort und Zeit der Ausstellung des Zettels, Kurzsichtigkeit des Bestellers, Unauffälligkeit des Vermerks) dem Besteller nicht aufgefallen oder verständlich geworden ist. γ. R. **06** 1435 Ziff. 3410 (Cassel). Ist in einem Vertrage als Erfüllungsort und Gerichtsstand für beide Parteien der Wohnort der einen Partei vereinbart, ergibt sich aber aus den übrigen Vertragsbestimmungen, daß die letztere Partei an dem Wohnort der anderen Partei zu erfüllen hat, so kann jener Vereinbarung nur die Bedeutung einer Vereinbarung über den Gerichtsstand beigemessen werden. δ. ElsLothJZ. **06** 39/40 (Colmar). Die Vertragsbestimmung „frachtfrei Bahn X.“ ändert nichts an dem Leistungsort.

4. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. S. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 8, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 1 ff. **a)** Feststellungsklage. S. JDR. **3** Ziff. 5 d, s. a. Ziff. 3. SchlHolstAnz. **06** 340 (Kiel). Für Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrags ist das Gericht des Ortes zuständig, wo der Kläger im Falle der Rechtsbeständigkeit des Vertrags zu erfüllen haben würde. **b)** Kaufklage. **RG.** PucheltsZ. **06** 139. Die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises ist Hauptverpflichtung, die zur Abnahme der Ware (§ 433) demgegenüber Nebenverpflichtung. Der für die Zahlung als Hauptverbindlichkeit gegebene Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist daher auch für die Nebenverbindlichkeit der Abnahme begründet. **c)** Mietzahlungen bei Immobilien. S. JDR. **4** Ziff. 3. α. OLG. **10** 167/8 (Hamburg) s. jetzt SeuffA. **61** 731 ff., R. **06** 1077 Ziff. 2885. β. BraunschwZ. **06** 97 (Braunschweig). Erfüllungsort für die Mietzahlung aus einem Immobilienmietvertrag ist nach der Natur des Schuldverhältnisses der Ort, wo das Immobile liegt. **d)** Erfüllungsort für Wechselverpflichtungen. S. a. JDR. **3** Ziff. 4 c, R. **06** 932 Ziff. 2201 (Colmar). Durch die Domizilierung wird der Domizilort Sitz der Wechselobligation und damit Erfüllungsort. **e)** Bürgschaft. S. JDR. **3** Ziff. 5 c, R. **06** 932 Ziff. 2201 (Colmar). Die Frage, an welchem Orte der Bürge zu erfüllen hat, ist unbeschadet der akzessorischen Natur der Bürgschaft nicht nach dem für die Hauptschuld, sondern nach dem für den Bürgschaftsvertrag selbst geltenden Rechte zu beurteilen. **f)** Verpflichtungen eines Reisenden. HessRspr. **7** 97 (Darmstadt). Erfüllungsort für die Verpflichtungen eines Reisenden, der an anderem Orte als dem Sitze seiner Firma tätig ist, ist mangels ausdrücklicher Bestimmung nicht der Ort, an dem die Firma ihren Sitz hat. Die Natur eines solchen Schuldverhältnisses allein ist nicht geeignet, diesen Ort zum Erfüllungsort zu machen. **g)** Einzelne Fälle. PucheltsZ. **06** (Colmar). Wird jemandem durch Vertrag der Alleinverkauf einer Ware in einem bestimmten Orte übertragen, so übernimmt er auch die Verpflichtung, den Verkauf der Ware durch andere an diesem Orte zu verhindern. Erfüllungsort für diese Verpflichtung ist nach der Natur des Schuldverhältnisses der betreffende Ort.

§ 270. **a)** R. **06** 1435 Ziff. 3411 (Breslau). Der Schuldner von Geld erfüllt mit dessen Absendung, falls demnächst die Geldsendung bei dem Gläubiger eingeht. Entfällt die Voraussetzung des Eingangs, so erlischt das bis zum Eingange nach § 362 fortbestehende Schuldverhältnis nicht. Mit der geschehenen Absendung wird der Verzug geheilt. **b)** SächsRpflA. **06** 432 (Dresden). Leistungsort des Hypothekenschuldners hinsichtlich seiner Zinszahlungspflicht ist im Zweifel der Ort, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Forderung seinen Wohnsitz hat, unbeschadet der nach § 270 ihn treffenden Verpflichtung, die Zinsen an den Wohnort des Gläubigers zu übermitteln.

§ 271. 1. **a)** **RG.** R. **06** 1255 Ziff. 2994. Die Erklärung, sich an eine feste Erfüllungszeit nicht binden zu wollen, hat nur die Bedeutung, daß es überhaupt an einer vertragsmäßigen Bestimmung der Lieferungszeit fehlt. — In Ermangelung einer Abrede ist aus der Beschaffenheit der Leistung und aus der Natur des

Schuldverhältnisses zu ermitteln, binnen welcher Frist der Schuldner die versprochene Leistung zu bewirken hat, und das Ergebnis dieser Ermittelungen entscheidet über die Frage des Verzugs. — Ein rechtliches Hindernis, für einzelne Teile einer Gegenleistung oder für mehrere Leistungen innerhalb eines Vertragsganzen die Erfüllungszeit verschieden zu bestimmen, besteht nicht. **b**) SeuffA. **61** 266, R. **06** 1132 Ziff. 2574 (Hamburg). Unter Umständen kann ein Stundungsvertrag nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nur dahin ausgelegt werden, daß der Stundende an ihn nicht mehr gebunden sein solle, wenn der Schuldner durch sein Verhalten eine Sachlage herbeiführt, wodurch die Forderung in hohem Grade gefährdet werden muß.

2. *Siber, IheringsJ. **50** 202 ff. Ist Leistung innerhalb einer Frist geschuldet, so bedarf es der Konkretisierung des Zeitraums auf einen Zeitpunkt; sie geschieht durch Erfüllung; durch Ablauf der Frist bis auf den letzten Tag (Unmöglichkeit der Erfüllung an den vorhergehenden Tagen); durch abgeschlossenen Leistungsversuch des Schuldners entsprechend § 243 Ziff. 2, und zwar auch zugunsten des Gläubigers; ferner durch Falschleistung des Schuldners, wenigstens entsprechend § 480 Ziff. 1 mit dem Erfolge, daß der Gläubiger dem durch die Falschleistung gewählten Zeitpunkt als den der Fälligkeit festhalten und unter Zugrundelegung desselben Schadensersatz wegen Verzugs fordern darf; zur Rechtfertigung dieses Schadensersatzanspruchs bedarf es daher nicht des Gesichtspunktes der „positiven Vertragsverletzung".

3. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, erörtert die Lehre von der Leistungszeit für die negative Obligation (184 ff.), insbesondere das Erfordernis der Begrenzung und Bestimmtheit der Leistungszeit, die Nachholbarkeit der Unterlassung, die Verschiebung der Leistungszeit u. a. durch Stundungsvertrag (184—193).

§ 273. 1. Allgemeines. Voraussetzungen. Grundgedanken. Anwendungsgebiet. S. IDR. **2** Ziff. 1—3, **3** Ziff. 1—3, **4** Ziff. 1. **a**) Sächs. RpflA. **06** 38 (Dresden). Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts setzt eine Sachlage voraus, in der es dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, mit der eigenen Leistung die Sicherheit für die ihm geschuldete Gegenleistung aus der Hand zu geben. Es darf nicht weiter ausgeübt werden, als es das Schutzbedürfnis des Schuldners erfordert. Deshalb die Einschränkung auf den Umfang des Gegenanspruchs. Deshalb auch die Einschränkung im § 274. **b**) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 107, R. **06** 292 Ziff. 603. Da das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 und § 369 HGB. lediglich die Sicherstellung des Gläubigers bezweckt, so muß es insoweit eine durch die Natur der Sache gebotene Beschränkung erleiden, als der Gläubiger nicht mehr zurückbehalten darf, als zur reichlichen Deckung seiner Forderung erforderlich ist. **c**) Anwendungsgebiet (Eh)e. SeuffA. **61** 52, SchlHolstAnz. **06** 81, R. **06** 743 Ziff. 1751 (Hamburg). Auch die Ehe im allgemeinen mit ihren verschiedenen vermögensrechtlichen Folgen kann als „dasselbe rechtliche Verhältnis" für die Ehegatten untereinander ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der aus der „Ehe" entspringenden Forderungen begründen. **d**) Bei gegenseitigen Verträgen. **RG.** JW. **06** 333 Ziff. 8, R. **06** 747 Ziff. 1752. Bei gegenseitigen Verträgen tritt an die Stelle des § 273 der § 320. S. näheres u. zu § 320 Ziff. 3.

2. Zurückbehaltungsrecht bei Unterlassungen. **a**) *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, erörtert eingehend die Nichterfüllung der negativen Obligation auf Grund eines Gegenrechts (304—310), insbesondere auch die Zulässigkeit der Zurückbehaltung der Unterlassung mit reicher Kasuistik. **b**) Geiershöfer, BayRpflZ. **06** 353 ff. Der Grundstücksverkäufer, der auf einem ihm verbleibenden Grundstücksreste die Errichtung eines Neubaues zu unter-

lassen versprach, darf bei Ausbleiben von Kaufschillingsraten keine solide, fest eingebaute Anlage, wohl aber leicht wegzunehmende Bauten errichten. — Wenn Verkäufer einen Zugangsweg auf der verkauften Parzelle aufgibt, der Käufer sich zur Herstellung eines anderen Weges verpflichtet, so darf der Verkäufer den alten Weg benutzen, solange Käufer mit Herstellung des neuen im Verzug ist. — Es ist kein Zweifel, daß auch Unterlassungen retiniert werden können; die Verweigerung einer auf Unterlassung gerichteten Leistung äußert sich in positivem Tun; denn sonst wäre ja noch immer eine Unterlassung gegeben, nicht deren Verweigerung.

3. *Schlegelberger, ZBlFG. **6** 553 ff., bespricht die Wirkung des Zuschlags auf das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers. Vgl. u. zu ZVG. § 92.

4. Fälligkeit. **RG.** JW. **06** 545 Ziff. 10, HoldheimsMSchr. **06** 278, DJZ. **06** 1093. Fälligkeit im Sinne des § 273 liegt auch dann vor, wenn der Gegenanspruch mit der Erfüllung dem Gegner gegenüber erst entsteht und fällig wird.

5. Innerliche Zusammengehörigkeit. Rechtliches Verhältnis. S. JDR. **1** Ziff. 1 b, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 1 Abs. 1, insbes. 3 a, **4** Ziff. 1 a, b. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 279, R. **06** 1374 Ziff. 3275. Es kommt für das Zurückbehaltungsrecht nicht darauf an, ob Leistung und Gegenleistung in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse zueinander stehen, sondern vielmehr darauf, ob sie aus einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und sich darauf beziehen, und ob bezüglich der Rechtsgeschäfte eine natürliche, gewollte Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses und ein hierdurch bewirkter natürlicher Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche vorliegt, da es nicht minder wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem anderen die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Gegenleistung aber seinerseits nicht gewähren will. **b)** **RG.** JW. **06** 545 Ziff. 10, HoldheimsMSchr. **06** 278. Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse liegen nicht nur dann vor, wenn eine vertragliche Bedingtheit derselben existiert, es genügt vielmehr, wenn sie einem innerlich zusammengehörigen Rechtsverhältnis entspringen. **c)** SeuffBl. **06** 384/5 (Nürnberg). Es fällt darunter auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses.

6. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 4.

a) Bejahend. α. NaumburgAK. **06** 38/9 (Naumburg) bejaht mit dem LG. Halle das Zurückbehaltungsrecht gegen unpfändbare Forderungen. β. Plutus **06** 184 (KfmG. Berlin) bejaht das Zurückbehaltungsrecht des Prinzipals, wenn ein Ersatzanspruch wegen Unterschlagungen, die der Handlungsgehilfe in seiner Stellung begangen hat, seinem Gehaltsanspruche gegenübersteht, in Höhe dieses Ersatzanspruchs.

b) Verneinend. SeuffBl. **06** 584/5 (Nürnberg) verneint die Zulässigkeit bei Alimentenforderungen.

7. Einzelne Anwendungsfälle. S. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, 8, **4** Ziff. 7.

a) Bejaht. **RG.** R. **06** 932 Ziff. 2202. Der Schuldner, der dem Gläubiger zu seiner Befriedigung Vermögensstücke übertragen hat, ist, wenn er gleichwohl auf direkte Zahlung belangt wird, sowohl nach § 273, als nach dem fiduziarischen Rechtsverhältnisse berechtigt, zu verlangen, daß seine Verurteilung zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der übertragenen Vermögensstücke erfolgt.

b) Verneint. α. SeuffA. **61** 233 (Braunschweig). Der Bürge, der nach Befriedigung des Gläubigers wegen seines gemäß § 774 nunmehr gegen die Mitbürgen entstandenen Anspruchs Auskunft gemäß §§ 402, 412 von dem Gläubiger verlangen kann, kann diesen Anspruch auf Auskunft nicht dem sein Recht verfolgenden, noch unbefriedigten Gläubiger gegenüber gemäß § 273 geltend machen: es liegt auf seiner Seite kein fälliger Anspruch vor, die Auskunftspflicht ist erst eine Folge des Überganges der Forderung. β. GewKfmG. **06** 195 Ziff. 46 (Hamburg). Der Arbeitgeber kann dem Arbeiter gegenüber einen Akkordüberschuß nicht zurückhalten, weil der Arbeiter ihm aus einem anderen Akkorde schadensersatzpflichtig ist. Die einzelnen auf Grund eines allgemeinen Arbeitsverhältnisses geschlossenen Akkorde sind besondere rechtliche Verhältnisse, es fehlt in diesem Falle die Konnexität der Forderungen. γ. SächsRpflA. **06** 37 (Dresden) verneint die Statthaftigkeit des Zurückbehaltungsrechts, weil sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, in einem Falle des § 730 BGB. (s. u. § 730). δ. NaumburgAK. **06** 90 (LG. Halle). An einer auf Grund einer nichtigen Verpfändung erlangten Sache ist ein Zurückbehaltungsrecht nicht möglich. ε. FrankfRdsch. **06** 105 ff. (Frankfurt). Bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit ist, falls nicht die Versicherungsbedingungen ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ein Zurückbehaltungsrecht des Versicherten gegenüber seiner Verpflichtung zur rechtzeitigen Prämienzahlung ausgeschlossen. Es liegt in der Natur dieser Vereine, daß das versicherte Mitglied zur Vorleistung verpflichtet ist, das Wesen der Versicherung besteht darin, daß das Mitglied Versicherer und Versicherter in einer Person ist. Seine Prämienzahlung ist nichts anderes als ein Vorschuß, der auf die Verwaltungskosten und die fälligen Schadensvergütungen eines Rechnungsjahres im voraus zu entrichten ist. Ein Vorschuß aber als solcher muß schlechthin gezahlt werden; an ihm ist ein Zurückbehaltungsrecht begrifflich nicht denkbar.

§ 275. Literatur: H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906. — Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Breslau 1906. — Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. IheringsJ. **50** 231—276.

1. Dogmatisches. S. JDR. **1** Ziff. 1a, **2** Ziff. 1—4, **3** Ziff. 1—3.

2. *Lesser. Eine Leistung ist unmöglich, wenn eine derartige Verletzung in bezug auf den Gegenstand des Schuldverhältnisses vorliegt, daß die Leistung nicht mehr erfolgen kann. Zu beachten ist, daß mitunter die Zeitbestimmung dazu dient, den Gegenstand des Schuldverhältnisses mitzuschaffen; dies ist der Fall bisweilen bei Verpflichtungen zu einem Tun und zu einem Dulden, immer bei Verpflichtungen zu einem eigentlichen Unterlassen (im Gegensatz zum Dulden). Gehört die Zeitbestimmung zum Gegenstande, dann liegt, wenn die Leistung zur festgesetzten Zeit nicht mehr erfolgen kann, Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Daher führen Zuwiderhandlungen bei eigentlichen Unterlassenspflichten stets Unmöglichkeit der Erfüllung, bei Duldungspflichten bisweilen Unmöglichkeit der Erfüllung, bisweilen Verzug herbei. — Verzug liegt vor bei reinen Verletzungen in bezug auf die Zeit. Verletzungen in bezug auf den Ort der Leistung sind nicht selbständiger Natur und gehen in den Verletzungen in bezug auf die Zeit auf. — Eine positive Vertragsverletzung ist eine Verletzung in bezug auf den Gegenstand; sie liegt vor, wenn eine Verpflichtung zu einem Tun zur bestimmten Zeit am bestimmten Orte mangelhaft erfüllt wird. Sie ist eine dritte Art der Pflichtverletzung des Schuldners neben verschuldeter Unmöglichkeit und Verzug. Während die beiden letzteren eine Regelung im allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse und häufig Sonderregelungen bei den einzelnen Schuldverhältnissen gefunden haben, gibt es

für die positiven Vertragsverletzungen nur Sonderregelungen; eine allgemeine Regelung fehlt. Diese ist durch Aufdeckung von Rechtsgrundsätzen zu schaffen. Das Recht zum Schadensersatz ergibt sich daraus, daß aus dem Zusammenhange des ganzen Gesetzbuches der allgemeine Grundgedanke herauszuheben ist, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht; dies ist ein nirgends ausgesprochener, aber doch das ganze Gesetz beherrschender Rechtsgrundsatz. — Über die Begründung des Rücktrittsrechts bei positiven Vertragsverletzungen s. u. zu §§ 325 ff. Ziff. 4.

3. *Siber. Für die Beurteilung, ob Unvermögen vorliegt, ist zu unterscheiden zwischen Produktionspflichten, gerichtet auf Verschaffung (z. B. Verkauf, Verschaffungsvermächtnis, § 2170), Herstellung (z. B. Werkverpflichtung) oder auf Unterlassung auch seitens dritter Personen, und Übertragungspflichten, gerichtet auf Herausgabe (z. B. §§ 667, 2169), Dienstleistung (§ 611) oder auf Unterlassung nur seitens des Schuldners. — Der Unterschied betrifft nicht den geschuldeten Erfolg, sondern das geschuldete Verhalten, nicht das Bekommensollen, sondern das Leistensollen (vgl. o. §§ 241 ff. Ziff. 3); es kann ein und derselbe geschuldete Erfolg möglich sein, wenn er kraft Verschaffungspflicht dagegen objektiv unmöglich, wenn er kraft Übertragungspflicht geschuldet wird. Die Produktionspflicht geht auf Verschaffung eines Wertes ohne Rücksicht darauf, ob sich dieser schon im Vermögen des Schuldners befindet oder nicht, die Übertragungspflicht nur auf Leistung eines im Vermögen oder der Arbeitskraft des Schuldners schon vorhandenen Wertes. — Bei Produktionspflichten kommt objektive Unmöglichkeit wie Unvermögen in betracht; letzteres liegt aber nicht schon vor, wenn der Schuldner den zu verschaffenden Wert noch nicht hat, sondern nur, wenn er diesen dem Gläubiger nicht verschaffen kann, z. B. nicht schon, wenn die verkaufte Sache einem Dritten gehört, sondern erst wenn dieser ihre Hergabe verweigert; bei Übertragungspflichten kommt nur objektive Unmöglichkeit in Betracht, so wenn der Schuldner das Herauszugebende nicht hat, zu dem versprochenen Dienste unfähig ist (231—276).

4. *H. Lehmann behandelt die Unmöglichkeit der Unterlassung (231—262). Hervorzuheben ist:

a) Wenn man die Berechtigung des Gesichtspunkts der Unmöglichkeit der Leistung prüfen will, muß man ein Doppeltes auseinanderhalten, α. wie weit der Begriff der unmöglichen Leistung reicht, inwieweit das Urteil erlaubt ist, daß eine Leistung nicht vermocht wird; β. inwieweit die Unmöglichkeit Motiv oder Tatbestandsvoraussetzung der gesetzliche Regelung ist (231/32).

b) Zum Begriff der unmöglichen Leistung. α. Objekt des Urteils ist die Leistung, d. h. die Herstellung eines Erfolges, der auf dem Gebiete des Rechtes wirken soll. Auf Grund dieser Formulierung wird die Berechtigung des Gesichtspunkts einer Unmöglichkeit der Leistung wegen der Notwendigkeit überobligationsmäßiger Kraftanstrengung nachgewiesen (232/33). Verletzung der Sorgfaltspflicht berechtigt noch nicht zur Fällung des Unmöglichkeitsurteils über die Leistung (234/35). Dagegen bewirkt die Nichterfüllung eine Unmöglichkeit für die Vergangenheit (235/36). β. Unmöglichkeit der Unterlassung ist nicht gleich Notwendigkeit der Zuwiderhandlung (236). Bei der negativen Obligation kann es zu natürlicher und juristischer Unmöglichkeit der Leistung kommen. Kasuistik (237/242). γ. Unvermögen des Unterlassungsschuldners bedeutet objektive Unmöglichkeit der Leistung (242/243). δ. Die Nichterfüllung der negativen Obligation erzeugt die Unmöglichkeit, in der Vergangenheit noch zu leisten (243/245). ε. Teilweise Unmöglichkeit der Unterlassung ist denkbar einmal so,

daß die Unterlassung in gegenständlicher, örtlicher und zeitlicher Beziehung zum Teile unmöglich werden kann (z. B. Dauerunterlassung), dann so, daß die Unterlassung nur in Ansehung des Zeitmoments unmöglich werden kann (245/248, Beispiele).

c) Über den Einfluß der Unmöglichkeit aaO. 248/262. α. Zunächst erörtert er ihren Einfluß auf die Geltung der primären Leistungspflicht (248 bis 250). Die Unmöglichkeit kommt nach ihm als Rechtsgrund für das Nichtentstehen oder Wegfallen des primären Leistungsbefehls nur als natürliche Unmöglichkeit in Betracht. Soweit nur juristische Unmöglichkeit bejaht werden darf, ist das Nichtentstehen oder Erlöschen der Pflicht die Folgerung aus rechtspolitischen Erwägungen, die mit der Unmöglichkeit nichts zu tun haben. β. 250/254 wird der Einfluß auf die Ersetzung der primären Leistungspflicht durch eine Ersatzobligation erörtert. Die Unmöglichkeit ist niemals der eigentliche Haftungsgrund, höchstens Tatbestandsvoraussetzung einer besonderen Ausgestaltung der Ersatzpflicht (250/254). γ. 255/260. Kasuistische Durchprüfung aller Vorschriften des BGB. über die Unmöglichkeit der Leistung im Hinblick auf ihre Anwendbarkeit auf die Unterlassung.

5. Aus der Rechtsprechung. Einzelfälle. S. IDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 1, 2. **a)** **RG.** HansGZ. **06** Hptbl. 259/260 verneint die Befreiung aus § 275 im Falle einer Mißernte (in Übereinstimmung mit OLG. Hamburg ebenda **05** Nr. 9). **b)** HansGZ. **06** Hptbl. 145 ff. (Hamburg). Es war versprochen: „Kornzucker Erstprodukt „Culmsee" Kampagne 1904/1905, Lieferung Oktober/Dezember 1904, monatlich 3mal 2000 Zentner. Probenahme auf der Fabrik durch vereideten Chemiker". Vor dem Beginn der Rübenernte und Kampagne 1904/1905 brannte im August 1904 die Zuckerfabrik Culmsee total nieder, während der Kampagne 1904/1905 konnte der Fabrikbetrieb nicht aufgenommen werden. Das OLG. verneint die Anwendung des § 279 und bejaht die Befreiung des Schuldners, der den Vertrag wegen force majeure stornierte nach § 275, und wies die Klage des Käufers ab. (Eingehende tatsächliche Würdigung.) **c)** OLG. **12** 251, R. **06** 615 Ziff. 1432 (Naumburg). Einstellung der Schiffahrt ist zwar keine absolute Erfüllungsunmöglichkeit; aber auch eine relative Unmöglichkeit muß unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 im Sinne des § 275 Berücksichtigung finden, wenn sie durch die besondere Natur, die besonderen Bestimmungen des Vertrages bedingt ist. **d)** BadRpr. **06** 340 (LG. Mannheim). Der Vermieter, der den Mietgegenstand vermietet, ohne daran zu denken, daß er einem anderen das Vermietrecht eingeräumt hat, haftet nach §§ 275, 280 dem Mieter auf Schadensersatz. **e)** ElsLothJZ. **06** 36—38 (Colmar) behandelt einen Fall der Verpflichtung eines Miterben nach französischem Rechte zur Bestellung einer Hypothek an einem zum Nachlaß gehörigen Grundstück, wobei der Miterbe wegen der bestehenden Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht berechtigt war, ohne Zustimmung der anderen Erben eine Hypothek auf den Nachlaßgrundstücken zu bestellen, als subjektives Unvermögen, nicht aber objektive Unmöglichkeit im Sinne des § 306. S. auch u § 306 Ziff. 5.

§ 276. 1. Vorsatz und Fahrlässigkeit. S. IDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 2. **a)** Bozi, R. **06** 41 f. § 276 Abs. 2 gibt keine erschöpfende Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit; es bleibt auch im Zivilrecht für die von der sog. Vorstellungstheorie ausgebildeten strafrechtlichen Schuldbegriffe Raum. Unter Vorsätzlichkeit ist lediglich die Voraussehung des Erfolges und unter Fahrlässigkeit lediglich die Voraussehbarkeit dieses Erfolges, sei es in seiner Tatsächlichkeit, sei es in seiner Möglichkeit zu verstehen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Verletzte bei der Ausführung seiner eigenen Tätigkeit vorsichtig gehandelt

hat oder nicht. **b**) Schelhorn, Die Amtshaftpflicht gegenüber Dritten, Hirths Ann. **06** 439 ff., — s. u. zu § 839 — untersucht 461 ff., 525 ff. den Begriff der „Fahrlässigkeit bei Amtsdelikten". Er wendet sich gegen Boden, ZBlFG. **02** 244 ff., der bezüglich der Kontraktsverhältnisse das Prinzip der Erfolgshaftung vertrete, hinsichtlich der Delikte den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit identifiziere. Er tritt im Gegensatz dazu dafür ein, daß der Ausgangspunkt das Moment des Verschuldens bildet und der Begriff einheitlich für kontraktliche und deliktische Verpflichtungen ist. Es muß an den Einzelnen ein rein objektiver Maßstab angelegt werden. **c**) **RG.** JW. **06** 711 Ziff. 6. Entschuldbarer Irrtum schließt eine Fahrlässigkeit aus. (Die Gemeinde K. hatte entschuldbar angenommen, daß die Streupflicht bei schlüpfrigem Pflaster nicht ihr, sondern nach einer — allerdings unwirksamen — Polizeiverordnung den Straßenanliegern obliege).

2. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt. S. JDR. **2** Ziff. 3 ff., **3** Ziff. 2 ff., **4** Ziff. 3. **a**) **RG.** JW. **06** 160 Ziff. 2, R. **06** 559 Ziff. 9258. Der abstrakte oder objektive Maßstab, der für die Fahrlässigkeit im § 276 gegeben wird, schließt nicht aus, daß im Einzelfalle die besonderen Umstände, unter denen die Handlung oder Unterlassung erfolgt, in Rücksicht zu ziehen sind. Es sind Lebenslagen denkbar, in welchen auch der verständige Mann, der ordentliche Hausvater durch die Umstände gehindert werden kann, allseitig seiner Pflicht bewußt zu bleiben; es kann vorkommen, daß bei drohender unmittelbarer Gefahr und notwendigem raschen Entschlusse die Besonnenheit des normal veranlagten Menschen beeinträchtigt wird und trotz sachwidrigen Handelns der Vorwurf der Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird. (Vgl. JW. **02** 31[28], 136[52]). **b**) **RG.** JW. **06** 459 Ziff. 14. Die Frage, welche Sorgfalt der Verkehr erfordert, kann nicht abstrakt, sondern nur nach Lage des Einzelfalles beantwortet werden.

3. Haftung für Erfüllung. S. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 6, insbes. zu b, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 4. **a**) Der allgemeine Rechtssatz des § 276. α. *Siber, IheringsJ. **50** 195 ff. Der Paragraph enthält keinen Rechtsbefehl, sondern eine Begriffsbestimmung. Er besagt, unter welchen subjektiven Voraussetzungen die Nichtbefolgung eines Gebotes der Rechtsordnung (Erfüllungs- und Deliktsverschulden) oder eines Gebotes des eigenen Interesses (z. B. §§ 254, 839, 3) vom Gebotsadressaten „zu vertreten" ist, d. h. ihm nachteilige Rechtsfolgen hat. Welches diese Folgen sind, ist nicht im § 276, sondern in §§ 280, 286, 823, 354, 839, 3 u. a. ausgesprochen. Vertretenmüssen ist nicht gleichbedeutend mit Schadensersatzpflicht, aber allerdings ist meist auch die letztere als Folge des Vertretenmüssens festgesetzt. Insbesondere folgt aus § 276 nicht, daß Nichtbeobachtung eines dem Schuldner obliegenden Verhaltens zum Schadensersatz verpflichtet, sondern dies folgt nur aus §§ 280, 286, und zwar nur für den Fall, daß die Nichtbefolgung des Gebotes für Unmöglichwerden oder Verzögerung der Erfüllung ursächlich wird; ohne diese Ursächlichkeit ist daher auch Staubs positive Vertragsverletzung keine zureichende Grundlage der Schadensersatzpflicht. β. *Golde, Zur Auslegung der §§ 276, 278 BGB. ThürBl. **53** 21—30. § 276 wie auch § 278 enthalten nicht die Pflicht des Schuldners zum Ersatze des Schadens, den er dem Gläubiger durch zu vertretende Verletzung seiner Leistungspflicht zufügt, sondern dienen zur Ergänzung der §§ 265, 275, 280, 282 f., 285, 323—325, 327, 538, 586, 628, 635, 645 BGB. durch Erklärung des in diesen Bestimmungen vorkommenden „zu vertretenden Umstandes". Das erstere folgt per argumentum e contrario aus den §§ 280 (325), 286 (326), die erst für zwei spezielle Fälle der zu vertretenden Leistungspflichtverletzung jene Schadensersatzpflicht aufstellen. — Es scheint freilich, als gäbe es auch Fälle von zu vertretenden Leistungspflichtverletzungen, die nicht unter die §§ 280 (325), 286 (326) fallen, für die die Billigkeit dennoch

einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers verlangen möchte; ein solcher Anspruch läßt sich jedoch meist durch analoge Anwendung aus § 286 (326) ableiten. γ. *H. Lehmann erörtert 66 ff. den Begriff der Diligenzpflicht und sein Verhältnis zu den sekundären Pflichten des Schuldners, nämlich αα. den Obligationszweck nicht durch positive Obligationsverletzungen zu vereiteln, sowie ββ. gegebenenfalls die Leistungsmöglichkeit durch positive Maßnahmen zu erhalten. δ. Aus der Rechtsprechung. αα. **RG.** BayRpflZ. **06** 80. Auf Grund einer fahrlässig begangenen Vertragsverletzung haftet eine Vertragspartei schärfer als auf Grund eines außerhalb des Vertragsrahmens fallenden Verschuldens, Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 ist ihr versagt. ββ. **RG.** R. **06** 240 Ziff. 418. Die vertragswidrige Leistung stellt sich zunächst jedesmal als ein Verschulden dar, und der Vertragsteil, dem sie zur Last fällt, muß nachweisen, daß und warum er nicht erfüllen konnte, ohne daß ihn ein Verschulden treffe. Derselbe Grundsatz gilt für eine vertragswidrige Verspätung und die Verantwortung für den daraus entstandenen Schaden.

b) Die positiven Vertragsverletzungen insbesondere. Vgl. JDR. **2** Ziff. 6 b zu γ, **3** Ziff. 3 b, **4** Ziff. 4 a, u. § 326 Ziff. 4. α. *H. Lehmann behandelt die Lehre von den positiven Obligationsverletzungen (229—303). — Nach Charakterisierung des Problems (229 – 231) erörtert er zunächst die Frage, inwieweit der Gesichtspunkt einer Unmöglichkeit der Leistung bei positiven Obligationsverletzungen zutrifft (231—262), dann inwieweit der Gesichtspunkt des Verzugs zulässig ist (262—271), und kommt dann (271 ff.) zur Begrenzung der Lücke in der gesetzlichen Behandlung der positiven Obligationsverletzungen. (Vgl. JDR. **3** zu Ziff. 3 b β o. zu § 275 Ziff. 2 u. u. zu § 284 Ziff. 1). Eine Lücke liegt nach ihm vor, soweit die positive Obligationsverletzung nicht zur Unmöglichkeit oder zum Verzug mit der „Leistung" führt. Das ist möglich α. nur soweit, als unselbständige, sekundäre Unterlassungspflichten verletzt sind, β. nur soweit, als diese Verletzung keinen Einfluß auf die Möglichkeit der geschuldeten positiven Leistung oder auf einen Verzug mit dieser Leistung hat. In betracht kommen also u. a. Lieferung fehlerhafter Ware, falls der Gläubiger diese annimmt, Aufstellung einer falschen Bilanz, Verkauf unter dem Einkaufspreis, insbesondere auch Fälle fehlerhafter Leistungsbewirkung, wo der Gläubiger bei der Leistungsbewirkung keine Mitwirkung zu entfalten hat. — Zur Ausfüllung der Lücke versucht Lehmann aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst den Nachweis zu führen, daß der ganzen Regelung der Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen im BGB. das Prinzip zugrunde liegt, daß die schuldhafte Nichterfüllung einer obligatorischen Pflicht zum Ersatz verpflichtet, falls nicht ein anderes angeordnet ist. Verzug und Unmöglichkeit sind nicht der Rechtsgrund der Haftung. Rechtsgrund ist die schuldhafte Nichterfüllung. Verzugs- und Unmöglichkeitsregelung bedeuten nur eine besondere Ausgestaltung der Haftung mit Rücksicht auf regelmäßige typische Rechtslagen, die sich aus der Nichterfüllung ergeben. — Gegen Siber, JheringsJ. **50** 173 ff., der eine Lücke nicht anerkennen und auf obige Fälle die Verzugsnormen anwenden will, wird u. a. ausgeführt, daß bei Annahme der mangelhaften Leistung der Gesichtspunkt des Verzugs unstatthaft ist und daß dieser Gesichtspunkt erst recht versagt, bei vorzeitiger Falschleistung (Herstellung der falschen Bilanz im Januar, während sie erst am 1. April vorgelegt zu werden braucht). Eine Fiktion ist es, wenn Siber meint, aus der Annahme der vorzeitig angebotenen Leistung durch den Gläubiger ergebe sich dessen Wille, auf alsbaldiger Leistung zu bestehen, und aus dem Angebot der Leistung, daß sich der Schuldner diesem Willen unterwerfe. Ein Verzicht auf den Rest der Leistungszeit widerstreitet den Interessen des Schuldners und ist nicht zu unterstellen. β. *Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Über die Schadensersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen s. o. zu § 275 Ziff. 2.

c) Schadensersatzanspruch neben Wandelungs- und Rücktrittsrecht. S. JDR. **4** Ziff. 4 c. **RG.** PuchelksZ. **05** 1. Bei schuldhafter Vertragsverletzung erwächst dem geschädigten Teil neben Wandelungs- und Rücktrittsrecht ein Schadensersatzanspruch, die Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung besitzt einen besonderen Charakter.

d) Konkurrenz der Ansprüche. S. JDR. **2** Ziff. 6 b zu aγ, f, **3** Ziff. 3 c. α. Hellwig, DJZ. **06** 1289 ff. Wie eine Handlung, die mehrere Strafgesetze verletzt, trotzdem nur ein Verbrechen ist und nur einen Strafanspruch begründet, so hat auch zivilrechtlich der nämliche Tatbestand nur eine Rechtsfolge, wenn lediglich eine Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen vorliegt. Ist eine von diesen die lex specialis, so schließt sie die lex generalis aus und bildet die alleinige Norm für die Beurteilung des Tatbestandes. Dieser Grundsatz gilt insbesondere dann, wenn eine Person, die mit dem Schädiger in einem Vertragsverhältnis steht, durch ein Ereignis Schaden erleidet, das in den Kreis derjenigen Ereignisse fällt, deren Bedeutung sich nach Vertragsrecht regelt. Er gilt hier sowohl positiv wie auch negativ. — Ist die Handlung eine solche, welche in den Kreis der vom Vertragsrecht geregelten Ereignisse fällt, muß aber nach den in ihm enthaltenen Normen der verletzte Vertragsteil die Gefahr eines bestimmten Ereignisses tragen, so kann der Verletzte nicht in Widerspruch hiermit nach dem Rechte der unerlaubten Handlungen Ersatz verlangen. β. **RG.** JW. **06** 443 Ziff. 33, DJZ. **06** 967. Derjenige, der mit dem Führer eines Kahnes einen Schleppvertrag geschlossen hat, ist sowohl diesem verpflichtet, bei der Navigierung des Schleppzugs die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers aufzuwenden, als auch liegt ihm kraft Gesetzes (§ 823 BGB.) die Pflicht ob, bei der Navigierung die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um nicht fremdes Eigentum (oder das Leben oder die Gesundheit anderer) zu beschädigen.

4. Zum Abs. 2. **RG. 62** 264 ff, DJZ. **06** 369. Die Haftung des Reichsfiskus für Unfälle, die durch Verschulden von seinen Angestellten den den Kaiser-Wilhelmkanal benutzenden Schiffen entstehen, kann nicht, auch nicht vertragsmäßig durch den § 1 BtrO. für den Kaiser-Wilhelmkanal v. 29. 7. 01 ausgeschlossen werden: der Kanal ist eine öffentliche Wasserstraße. Wenn die Kanalverwaltung die Benutzung des Kanals von einem vertraglichen Verzicht auf die in Rechten begründeten Ansprüche abhängig machen will, so müßte darin ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden. Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, können diese rechtliche Anerkennung nicht finden. S. auch o. zu § 138 Be.

5. Einzelne Fälle. S. JDR. **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 6.

a) Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung. S. JDR. **4** Ziff. 6 a und die dortigen Verweisungen. α. **RG.** PrVerwBl. **27** 936. Haftung des Bahnfiskus für die Verkehrssicherheit der Zugangswege zum Bahnhofe. Prellpfahl von so geringer Höhe, daß er von den nach dem Bahnhof eilenden Personen übersehen werden kann. (Vgl. JDR. **4** aaO. zu ζ—ϑ.) β. Haftung des Transportunternehmers. **RG.** JW. **06** 13 Ziff. 10, DJZ. **06** 262. Eine Automobilbetriebsgesellschaft haftet bei einem ihrem Fahrgast durch Fahrlässigkeit des Automobilfahrers zugefügten Schaden aus dem Transportvertrage, sie hat die Fahrlässigkeit ihrer Angestellten gemäß § 278 in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten, Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 ist ihr versagt. (**RG. 55** 332/337.)

b) Grundstückskäufe. Vgl. JDR. **3** Ziff. 4 d. **RG.** JW. **06** 546 Ziff. 2, R. **06** 1256 Ziff. 2995. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erheischt es nicht, daß der Käufer eines Hauses (späterer Eigentümer) jedes Brett und jeden

Stein im Innern des Hauses darauf untersucht, ob sie noch festgefügt sind. (Unfall durch eine an einer Treppenstufe befindliche lockere Leiste.)

c) Verhalten Kindern gegenüber. Vgl. JDR 3 Ziff. 4h, 4 Ziff. 6d. RheinA. 102 I 113 (Cöln). Die Frau eines Bäckermeisters, die einen siebenjährigen Knaben, der Brot holen wollte, in die Backstube schickte, wo eine Teigknetmaschine aufgestellt war, damit sich der Junge das Brot vom Lehrling geben lassen sollte, haftet für den Schaden, den der Junge sich dadurch zuzog, daß er mit der Maschine in Berührung kam. (Über die Haftung des Ehemanns in diesem Falle s. zu § 278 Ziff. 4gβ.)

d) Beteiligung an einem gefährlichen Unternehmen. S. JDR. 4 Ziff. 6c. RG. BayRpflZ. 06 444. Eine Fahrlässigkeit eines Fabrikleiters liegt nicht schon dann vor, wenn er einen Versuch zur Verbesserung der Fabrikationsweise anstellen läßt, der an und für sich mit gewisser Gefahr verbunden ist, sofern er andererseits Sicherheitsmaßregeln in dem Umfange getroffen hat, als es die Natur des Betriebs gestattet.

e) Richterliche Haftung. α. RG. PucheltsZ. 05 5. Der Konkursrichter ist nicht aus § 83 KO. verpflichtet, ohne Antrag des Beteiligten oder ohne Kenntnis von einer Pflichtwidrigkeit des Konkursverwalters zu prüfen, ob der Konkursverwalter die bei ihm eingegangenen Gelder gemäß eines Beschlusses der Gläubigerversammlung hinterlegt hat; auch hat er ohne weiteres keine Veranlassung, die auf Anfragen ergangenen Auskünfte des Verwalters als leere Ausflüchte zu erkennen. β. RG. JW. 06 53 Ziff. 3, SeuffA. 61 316, SeuffBl. 06 600, R. 06 292 Ziff. 605. Fahrlässigkeit eines amtierenden Richters dann nicht anzunehmen, wenn er bei zweifelhafter Rechtslage nach seiner Auffassung richtig zu handeln glaubte; er hat nicht ohne weiteres die Möglichkeit anderer Auffassungen zu berücksichtigen, sofern auf diese nicht in Literatur und Judikatur allgemein hingewiesen ist. (Es handelt sich um Nichtbezeichnung des amtierenden Richters im Texte eines nach §§ 176, 177 FGG. aufgenommenen Protokolls, das dieserhalb für nichtig erklärt worden ist.) γ. RG. JW. 06 132 Ziff. 3, R. 06 503 Ziff. 1154. Fahrlässigkeit des bei einer Auflassung amtierenden Richters verneint, der die beglaubigte Abschrift eines vom verkaufenden Testamentsvollstrecker an das Nachlaßgericht gesandten Schreibens, daß er das Amt als Testamentsvollstrecker angenommen habe, als nicht ausreichend zur Legitimation erachtet. Der Richter hat „übergroße" Sorgfalt angewandt; daraus, daß seine Zweifel objektiv unbegründet waren, ist Fahrlässigkeit nicht zu entnehmen. „Anders würde zu entscheiden sein, wenn bereits eine Entscheidung des RG. oder KG. ergangen wäre, die alle Zweifel in der betreffenden Rechtslage abgeschnitten hätte." ➸ Diesen Satz wird man nicht ohne weiteres unterschreiben können. Aus vielen und naheliegenden Gründen. — Red. ⟵

f) Haftung von Rechtsanwalt und Notar. α. RG. JW. 06 350 Ziff. 9, R. 06 799 Ziff. 1895. Der Rechtsanwalt haftet gegenüber seinem Auftraggeber, wenn er vor der Fälligkeit der Forderung desselben die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreibt. Daß der Auftraggeber zur Einleitung der Zwangsvollstreckung ihn beauftragt hatte, kann seine Haftbarkeit nicht aufheben, da der Auftraggeber sich darauf verlassen durfte, daß er als bevollmächtigter Rechtsanwalt prozeßordnungsmäßig verfahren werde. β. BayRpflZ. 06 85 (LG. I München). Haftpflicht eines Rechtsanwalts festgestellt, dem von seiner Buchhalterin ein Telephongespräch falsch übermittelt worden ist. γ. RG. JW. 06 332 Ziff. 7, R. 06 747 Ziff. 1753. Keine Haftung des Rechtsanwalts für den Schaden, der aus dem Ausfall einer Hypothek verursacht ist, sofern nicht der Anwalt zum Geschädigten in ein Vertragsverhältnis getreten ist, aus dem ihm die Pflicht erwuchs, über die Unsicherheit der Hypothek dem Beschädigten

sachgemäße Auskunft zu erteilen, und wenn die Verabsäumung solcher Pflicht mit der Hingabe des Darlehns in ursächlichem Zusammenhange steht. Ebensowenig Haftung des Anwalts für die Auskunft seines Bureauvorstehers: es besteht keine allgemeine Vermutung der Vollmacht, der zufolge der Bureauvorsteher ohne Zuziehung des Anwalts über Rechtsangelegenheiten mit dem Publikum zu verhandeln befugt ist. δ. HansGZ. 06 Beibl. 35 Ziff. 24 (Hamburg). Der Notar, der einen fehlerhaften Wechselprotest aufgenommen hat, haftet dem ersten Indossanten, an den der Wechsel zurückgelangt ist, nicht, wenn der Auftrag zur Protesterhebung nicht von ihm, sondern von einer Bank als Inkassomandatarin erteilt ist, ohne daß ein spezielles Auftragsverhältnis zwischen der Bank und dem jetzigen Inhaber des Wechsels bestand; wenn auch die Bank, die selbst einen Schaden nicht erlitten hat, ihre Ansprüche an diesen Indossanten zediert hat.

g) Haftung des Gerichtsvollziehers. α. R. 06 933 Ziff. 2033 (Colmar). Das OLG. erläutert die Haftung des Gerichtsvollziehers im einzelnen auf Grund der gemäß § 155 GVG. von der Landesjustizverwaltung erlassenen Dienstvorschriften. β. RG. PucheltsZ. 06 137 ff. Fahrlässigkeit eines Gerichtsvollziehers nicht angenommen, der einen mit „Eilt" bezeichneten Vollstreckungsauftrag nicht sofort ausgeführt hat.

h) Haftung eines Kassenrendanten. R. 06 49 (Cöln). Ein preußischer Gerichtskassenrendant, der es unterläßt, eine für die Gerichtskasse nach Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks hypothekarisch eingetragene Forderung zum Zwangsversteigerungstermin anzumelden, macht sich schon durch diese Unterlassung schadensersatzpflichtig, wenn die Gerichtskasse infolgedessen bei der Kaufgelderverteilung einen Ausfall erleidet.

i) Intervention und Fahrlässigkeit. RG. PosMschr. 06 6/7. In den durch die Nov. v. 17. 5. 98 geänderten §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 ZPO. ist die Anschauung befolgt, daß jedermann von seinen Rechten nur insoweit Gebrauch machen darf, als es ohne den Schaden Anderer geschieht; aber diese Anschauung gilt nur insoweit, als sie in dem positiven Rechte zum Ausdruck gelangt ist; einen analog anzuwendenden Rechtssatz stellen die Bestimmungen nicht auf. Andere Bestimmungen verwandter Natur (§§ 541 Abs. 2, 707, 719, 739, 771) bringen jenen Grundsatz nicht zur Geltung. Die Verfolgung eines die Veräußerung hindernden Rechtes, das ein Dritter sich an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung beilegt, kann an sich nicht als eine Handlung betrachtet werden, die zum Schadensersatz verpflichtet; vielmehr kann die Einmischung des Dritten seine Verbindlichkeit nur nach sich ziehen, wenn sie eine unerlaubte Handlung ist, wenn die Erhebung der Widerspruchsklage mindestens auf Fahrlässigkeit zurückgeführt werden muß. — Andererseits Frage, ob der Beschädigte den Schaden durch Bewirken des Verkaufes der Pferde hätte abwenden können.

k) Nichtkenntnis prozessualer Formvorschriften. BayRpflZ. 06 86 (LG. I München). Fahrlässigkeit der Laienpartei nicht angenommen bei Unkenntnis prozessualer Formvorschriften, ebensowenig darin, daß der Laie zur Nachprüfung einen rechtskundigen Beistand nicht beizieht.

l) Haftung eines Bankiers. RG. SeuffA. 61 190. Die Bank, die für eine Forderung lombardierte Waren auf Lager gegeben hat, ist verpflichtet, den Zustand dieser Waren zu revidieren. Im Unterlassungsfalle kann ihr von einem für die Forderung haftenden Bürgen, wenn die Waren Schaden genommen haben, der § 776 BGB. entgegengehalten werden.

m) Haftung für den Vorstand. BayObLG. 7 52 ff. Aktiengesellschaften sind auch für den Schaden verantwortlich, den ihr Vorstand außerhalb eines Vertragsverhältnisses bei Ausführung der ihm zukommenden Verrichtungen verursacht hat.

n) Sorgfaltpflicht des Prinzipals. Plutus **06** 783 (KfmG. Berlin) bejaht die Verpflichtung des Prinzipals, die Garderobeneinrichtungen so zu treffen, daß die Angestellten gegen Diebstähle geschützt sind; jeder Angestellte hätte einen verschließbaren Schrank zur Aufbewahrung seiner Garderobe haben müssen.

o) Verschulden des Regisseurs. HansGZ. **06** Beibl. 21 (Hamburg). Verschulden des Regisseurs angenommen, der nicht dafür gesorgt hatte, daß bei verdunkelter Bühne Lücken zwischen zwei Kulissen vollständig ausgefüllt oder entsprechende Sicherheitsmaßregeln getroffen wurden.

p) Präsentationspflicht bei Schecks. OLG. **13** 31 (Braunschweig). Es besteht nach Verkehrssitte und Handelsgebrauch für den Empfänger eines zur Tilgung einer ihm gegen den Aussteller zustehenden Forderung gegebenen Schecks die Pflicht, diesen bei dem Angewiesenen innerhalb einer billig zu bemessenden Frist zu präsentieren.

q) Erkundigungspflicht. HansGZ. **06** Beibl. 175/176 (Hamburg). Es ist im Hamburger Geschäftsgang nicht üblich und unmöglich, über die Verhältnisse von Firmen, von denen lediglich gegen Auslieferung von Papieren ein Akzept einzuholen ist, besondere Erkundigungen einzuziehen. Es macht sich daher derjenige, der im Auftrag eines anderen ein solches Akzept einholt, nicht ohne weiteres aus dem Auftrage schadensersatzpflichtig, wenn das Akzept gefälscht war.

r) Haftung des Ladeninhabers. **RG.** RheinA. **102** II 293. Fahrlässigkeit eines Ladeninhabers für vorliegend erachtet, dessen herabfallendes Firmenschild jemanden verletzt hatte, und der seit längerer Zeit das Klirren der Glasscheibe dieses Schildes wahrgenommen hat.

s) Haftung des Chauffeurs. **RG.** DJZ. **06** 1318, R. **06** 1435 Ziff. 3412. Der Automobilführer hat nicht nur die Polizeivorschriften zu beachten, es ist von ihm ein besonders hoher Grad von Vorsicht zu fordern, gemäß dem Grundsatz, daß mit dem Grad der mit einem Unternehmen oder Betrieb für Dritte hervorgerufenen Gefahr sich auch die Anforderung an die aufzuwendende Sorgfalt steigert. (Beklagter hatte mit dem Automobil nicht gehalten, obwohl er sah, daß ein Wagenpferd zu scheuen anfing.)

t) Haftung des Wagenführers. **RG.** JW. **06** 740 Ziff. 9. Schadensersatzanspruch des zu einer Fahrt Eingeladenen begründet, der aus dem Wagen geschleudert wurde, als an einer abschüssigen Stelle die Kette des eingelegten Radschuhs brach und die Pferde mit dem Wagen infolgedessen den Weg hinunterrasten; Verschulden ist darin zu sehen, daß der Wagenführer fahrlässigerweise sich nicht um den Zustand seiner Radschuhkette gekümmert hat. Die Voraussehbarkeit der Gefahr und eines möglichen Schadens braucht sich nicht auf den konkreten Unfall und die Art und Weise, wie er zu diesem gekommen ist, zu beziehen; es genügt die allgemeine Voraussicht, die dem Beklagten möglich war, daß durch den Zustand der Sperrvorrichtung seines Fuhrwerks eine Gefahr für Menschen überhaupt entstehen könne.

u) Haftung einer Dorfgemeinde. **RG.** JW. **06** 194 Ziff. 10. Keine Haftung einer Dorfgemeinde für den Unfall, der infolge Nichtbeleuchtung einer mit Seitengräben versehenen Landstraße eingetreten war. Eine Beleuchtung der Brücke bis in die späten Nachtstunden kann der Gemeinde nicht angesonnen werden.

v) Haftung eines Ausstellenden. **RG.** BadRpr. **06** 148. Dadurch, daß jemand auf unbekiestem Lehmboden eine Ausstellung errichtet, handelt er noch nicht fahrlässig. Wenn auch Lehmboden bei Feuchtigkeit sehr glatt und schlüpfrig wird, ist die Gefahr des Ausgleitens für einen Fußgänger doch nicht so groß, daß sie nicht durch einige Vorsicht ausgeglichen werden könnte.

w) Unfall im Hause. BayRpflZ. **06** 406 (Bamberg). Fahrlässigkeit ist unter allen Umständen anzunehmen, wenn jemand eine Treppe, die dem freien

Verkehr der Hausbewohner und anderer eröffnet ist, hinabspringt und nicht in gemäßigtem Schritte hinabgeht.

x) Straßenunfall. **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 125. A. war durch eine Lücke in einem Geländer auf der Straße in trunkenem Zustande in einen gefrorenen Graben gestürzt und hatte sich tödlich verletzt. Für das Verschulden der Stadtgemeinde kommt es nicht darauf an, ob die Passanten sich an dies Geländer gewöhnt hatten, sondern ob die Gefährlichkeit der betreffenden Straßenstelle ein Geländer schlechthin erforderlich machte.

y) Unfall auf der Landstraße. **RG. 62** 145 ff, JW. **06** 54 Ziff. 5. Eine Fahrlässigkeit ist nicht an und für sich darin zu erblicken, daß jemand mit einem „bahnscheuen" Pferde auf einer Landstraße fährt, die dicht am Bahndamm entlang führt.

z) Unfall im Stall. **RG.** JW. **06** 740 Ziff. 8. Ein Stallknecht läßt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht außer acht, wenn er sich einem an der Krippe angebundenen Pferde so nähert, daß er beim Ausschlagen getroffen werden kann.

§ 278. 1. Dogmatisches. Anwendbarkeit auf Zuwiderhandlungen. Vgl. JDR. 2 Ziff. 4. **a)** *H. Lehmann bespricht die Anwendbarkeit des § 278 auf Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten (93—97, 288—295). a) Bei der Erfüllung ist Heranziehung von Gehilfen undenkbar. Ein Gehilfe kann nur neben, nicht anstatt des Schuldners unterlassen (193). b) § 278 ermöglicht nur dann, den Unterlassungsschuldner für die fremde Zuwiderhandlung haftbar zu machen, wenn es sich um unselbständige negative Verpflichtungen handelt, die bloß die Kehrseite positiver Verpflichtungen sind (195—197). c) Wo die Unterlassung als etwas Selbständiges geschuldet wird, ist § 278 nicht anwendbar (194). Wird hier die Unterlassung in dem Sinne zugesagt, daß der Schuldner eine bestimmte Handlung nicht nur für seine Person unterlassen soll, sondern daß eine objektiv bestimmte Handlung unterbleiben soll (Konkurrenzverbot!), so sagt der Schuldner neben seiner eigenen Unterlassung eine inhaltsgleiche Unterlassung dritter Personen zu. Er garantiert die Unterlassung. Es sind die Grundsätze maßgebend, die für die Haftung aus dem Versprechen einer fremden Leistung gelten (288 ff.). — Bei Auslegung des mutmaßlichen, sinngemäß ergänzten Parteiwillens ergeben sich folgende Konsequenzen: α. Wer eine eigene Unterlassung verspricht, schuldet eine bestimmte Geistes- und Willensanspannung zwecks Vermeidung der verbotenen Handlung oder des verbotenen Erfolges und haftet für Außerachtlassung dieser Diligenz. Wer die Unterlassung einer objektiv bestimmten Handlung verspricht, verspricht die Beobachtung der gleichen Diligenz durch dritte Personen zwecks Vermeidung der verbotenen Handlung, d. h. er verpflichtet sich, für die Beobachtung dieser Diligenz zu sorgen und einzustehen (292). β. Die Haftung für Zuwiderhandlungen Dritter ist in demselben Umfang anzuerkennen, wie die gesetzliche Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen besteht. — Aber sie besteht in diesem Umfange nicht ex lege, sondern ex contractu (292). γ. Der Kreis der Personen, für deren Zuwiderhandlung der Schuldner einstehen muß, ist dahin zu begrenzen, daß er haftet für die Personen, denen er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet hat (292—293). δ. Kasuistische Besprechung der Haftungsgründe (294 ff.). **b) RG. 63** 116 ff., JW. **06** 335 Ziff. 11, R. **06** 747 Ziff. 1755. Die Verwirkung der Vertragsstrafe für Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht tritt auch ein, wenn die Zuwiderhandlung durch einen Angestellten geschieht; der Schuldner bedient sich seiner zur Erfüllung seiner Verpflichtung, eine Handlung nicht vorzunehmen. § 278 ist anwendbar in allen

Fällen, wenn die verbotene Handlung nicht nur vom Schuldner selbst vorgenommen werden kann. S. auch o. zu § 241 Ziff. 2c und zu § 339 Ziff. 3.

2. Anwendungsgebiet. **a)** **RG. 61** 207 ff., insbes. 213. § 278 macht den Vertretenen haftbar nur für Verschulden seines Vertreters bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten, nicht auch bei Eingehung von Rechtsgeschäften; dies letztere hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. — S. hierzu auch **RG.** R. **06** 933 Ziff. 2205.

b) PosMschr. **06** 118 (Stettin). Der § 278 ist auch bezüglich der Vorschrift des § 25 EisenbahnG. v. 3. 11. 38 anwendbar.

3. Satz 2. **RG. 63** 152, JW. **06** 353 Ziff. 13, R. **06** 800 Ziff. 1896. Von dem vom BGB. eingenommenen Standpunkt möglichster Vertragsfreiheit aus ist es für zulässig zu erachten, daß eine Vertragspartei sich der anderen gegenüber verpflichtet, für alle etwaigen Verschuldungen einer von ihr benutzten Mittelsperson unmittelbar zu haften. Daß die gesetzliche Haftung des Geschäftsherrn nicht so weit reicht, steht dem nicht im Wege.

4. Einzelne Fälle. S. JDR. **1** zu § 278, **2** Ziff. 9, **3** Ziff. 7.

a) Theaterunfall. Haftung für Schauspieler. S. JDR. **3** Ziff. 7n, **4** Ziff. 4a. Fromherz, DJZ. **06** 539 f., wendet sich gegen Bodenheimer ebenda **05** 1003/4 (s. JDR. **4** Ziff. 4a β). Der zwischen dem Theaterunternehmer und dem Publikum geschlossene Vertrag überläßt in der großen Mehrzahl der Fälle die Art der Darbietung nicht dem Belieben des Darstellers oder Künstlers, der Unternehmer verspricht also nicht allein die Gewährung der Gelegenheit, der Darbietung anzuwohnen; die Vertragsabsicht erstreckt sich vielmehr die Leistung des Unternehmers auf die Ausführung einer der Ankündigung entsprechenden Veranstaltung. Dies ist auch der Fall, wenn die Darbietung nur im allgemeinen bezeichnet und die Selbständigkeit des Künstlers eine sehr bedeutende ist. Der Unternehmer schuldet dessen sorgfältige Leistung oder haftet, wenn diese durch eine nicht vorher bestimmte Person erfolgen soll, für die sorgfältige Leistung dessen, durch den er die Darbietung zur Ausführung bringen läßt. Der Theaterunternehmer haftet also zweifellos in der Regel aus dem Vertrag für gefahrlosen Genuß der Aufführung, mag die Gefährdung auf mangelnder Sicherheit des Lokals oder einem Verschulden des ausführenden Darstellers beruhen.

b) Haftung des Rechtsanwalts für seinen Gehilfen. S. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 6 zu § 278, Ziff. 2 zu § 676, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 4c. KGBl. **06** 51 (LG. I Berlin). Ein Rechtsanwalt haftet demjenigen, der Freigabe eines gepfändeten Gegenstandes von ihm verlangt, wenn hierbei der Bureauvorsteher sich ein Versehen zuschulden kommen läßt, nicht aus § 278. Zwischen dem Anwalt und dem die Freigabe Verlangenden besteht kein Verpflichtungsverhältnis.

c) Versicherungsverhältnis. Vgl. JDR. **3** Ziff. 7e zu β u. 7f, **4** Ziff. 4d. α. RheinA. **06** I 30 (Cöln). Die Versicherungsgesellschaft, die einen durch Unfall Verletzten untersuchen läßt, erfüllt damit eine Vertragspflicht dem Verletzten gegenüber, wenn von dem Ausgang dieser Untersuchung vertragsgemäß der Anspruch des Verletzten gegen die Gesellschaft abhängig ist. Wird der Verletzte durch den im Auftrag der Gesellschaft untersuchenden Arzt bei der Untersuchung verletzt, so haftet die Gesellschaft für diesen Schaden gemäß § 278. β. **RG. 62** 190 ff., JW. **06** 111 Ziff. 9, DJZ. **06** 317, R. **06** 372 Ziff. 913. Derjenige, der im Auftrage eines gegen Unfall Versicherten der Versicherungsgesellschaft die Unfallsanzeige erstattet, handelt nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Versicherten, sondern nur zur Erfüllung einer Bedingung des Versicherungsanspruchs gegen die Gesellschaft. Ein Verschulden des Beauf-

tragten, durch das die Unfallsanzeige der Gesellschaft verspätet zukommt, hat der Versicherte daher nicht gemäß § 278 zu vertreten. S. insbes. JDR. **3** Ziff. 7 f.

d) Haftung des Schiffseigners. S. JDR. **3** Ziff. 7 b, **4** Ziff. 4 e. KGBl. **06** 43 (KG.). Die Haftpflicht des Schiffseigners ist durch das BinnenSchG. erschöpfend geregelt, sowohl für vertragliche wie außervertragliche Verhältnisse; so daß abweichende Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere hinsichtlich des Umfanges der Haftung nicht zur Anwendung kommen. Das BinnenSchG. ist gegenüber dem BGB. lex specialis. Da nach BinnenSchG. der Schiffseigner im allgemeinen nur mit Schiff und Fracht und nur bei eigenem Verschulden persönlich haftet, kann auf ihn § 278 nie Anwendung finden.

e) Mieter und Vermieter. Vgl. JDR. **3** Ziff. 7 b, **4** Ziff. 1 d. BayRpflZ. **06** 24 (LG. I München). Der Mieter haftet gemäß § 278 dem Vermieter für Schäden, die die Angestellten eines Transporteurs beim Wegschaffen von Möbeln des Mieters im Treppenhause angerichtet haben. Gemäß §§ 550, 553, 558 BGB. liegt ihm die Vertragspflicht ob, die ihm überlassenen Räume vor Beschädigung zu bewahren.

f) Haftung des Bauunternehmers und ähnliche Fälle. α. Scherer, SeuffBl. **06** 581/3. Was der Eigentümer durch seinen Bauunternehmer vollziehen läßt, dafür hat er als Eigentümer einzustehen. Man kann den Beschädigten nicht an den zahlungsunfähigen Bauunternehmer verweisen. Der § 278 betrifft alle, also auch die gesetzlichen Verbindlichkeiten, z. B. die aus § 909. Von dieser wird der Eigentümer nicht dadurch frei, daß er durch seine Leute oder einen Bauunternehmer graben läßt. Er muß einen Bauunternehmer wählen, der bei einer solventen Versicherungsgesellschaft gegen solche Gefahren versichert ist. Bauunternehmer und Grundeigentümer (Bauherr) haften solidarisch für den Schaden. β. **RG.** JW. **06** 460 Ziff. 16, R. **06** 1132 Ziff. 2575. Der Bauherr hat das Verschulden seines als Bauleiter von ihm angestellten Architekten und dessen Angestellten als eigenes zu vertreten. γ. **RG. 63** 341 ff., JW. **06** 460 Ziff. 16, R. **06** 1132 Ziff. 2575. Den Schaden, den Maler bei der in einem Neubau vorgenommenen Reinigung nach erfolgter Arbeit anrichten, ist in Erfüllung der Verbindlichkeit desjenigen geschehen, der die Ausführung der Malerarbeiten vertraglich übernommen hatte, er haftet gemäß § 278 für den durch die Maler angerichteten Schaden.

g) Haftung aus Dienstvertrag. α. **RG.** ElsLothJZ. **06** 91. Haftung des Dienstherrn für Fahrlässigkeit des Angestellten bei Lieferung bestellter Waren. β. Gesinde-Dienstvertrag. **RG.** JW. **06** 460 Ziff. 15, BayRpflZ. **06** 402, R. **06** 1133 Ziff. 2577. Die Ehefrau ist bei der Erfüllung der Verpflichtungen dem Dienstmädchen gegenüber als Vertreterin des Ehemanns anzusehen, er haftet demgemäß, falls durch schuldhaftes Verhalten der Ehefrau das Dienstmädchen geschädigt wird, auch wenn ihm von der ihm dem Dienstmädchen gegenüber erwachsenen Verpflichtung zunächst nichts bekannt war. γ. Umfang des ärztlichen Dienstvertrags. R. **06** 1318 Ziff. 3195 (Rostock). Dem Arzte, den zwecks ärztlicher Behandlung eines anderen mittels Fuhrwerks den diese Begehrenden abholt, durch schuldhaftes Verhalten des sonst zuverlässigen und fähigen Kutschers einen Unfall erleidet, steht gegen den die ärztliche Behandlung Begehrenden ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

h) Haftung aus Kaufvertrag. α. OLG. **13** 415 (Dresden). Der Wandelungsverpflichtete muß für Verschulden desjenigen, dessen Dienste er sich bei Erfüllung seiner Verpflichtung bedient, wie für eigenes Verschulden einstehen. β. **RG.** DJZ. **06** 710. Wird ein Verbot, eine Ware nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen, von den Angestellten des Verkäufers verletzt, so haftet dieser für das Verschulden seiner Angestellten wie für eigenes, auch wenn er seinem Personal

den Verkauf unter dem Preise ausdrücklich untersagt hatte. γ. Haftung des Ladeninhabers aus dem Kaufvertrag. RheinA. 102 I 113 ff. (Cöln). Schadensersatzanspruch gegen einen Bäckermeister aus folgenden Gründen für berechtigt erklärt: Die Ehefrau des Meisters hatte einen siebenjährigen Jungen, der Brot holen wollte, in die Backstube geschickt, damit er sich vom Lehrling das Brot aushändigen lassen sollte. An der in der Backstube befindlichen Maschine hat sich der Junge verletzt. Wenn ein Bäckermeister ein offenes Ladengeschäft unterhält, so erklärt er sich bereit, dem Abnehmer einen geschlossenen Raum zum Abschluß und zum Vollzuge von Käufen zur Verfügung zu stellen. Diese Bereiterklärung enthält rechtlich ein Angebot einer Nebenleistung neben der Übergabe der Kaufsache an das Publikum. Diesem Rechte des Käufers muß eine Verbindlichkeit des Verkäufers entsprechen. Der Bäcker handelt also in Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Kauf, wenn er dem Käufer den Aufenthalt im Laden oder in einem anderen Raume gestattet oder anweist. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit hat sich der Bäcker im vorliegenden Falle seiner Ehefrau bedient. Hieraus folgt seine eigene Haftung.

i) Haftung der Stadtgemeinde. α. **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 125. Im Gebiet der unerlaubten Handlungen greift § 831, nicht § 278 Platz. Die Verpflichtung der Gemeinden, zum Schutze des Publikums für die Sicherheit der dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen und Plätze zu sorgen, ist keine Schuldverbindlichkeit im Sinne des § 278, sie erzeugt erst Verbindlichkeiten für den Fall einer Verletzung von Personen oder Sachen nach § 823. β. MecklZ. **06** 189 ff. (Rostock). Der Magistrat einer Stadtgemeinde haftet einem auf der Straße infolge ihres mangelhaften Zustandes verunglückten Bürger gemäß § 278 nur dann, wenn zwischen dem Magistrat und dem Verunglückten ein Schuldverhältnis bestand. γ. PucheltsZ. **06** 81 ff. (Cöln). Eine Stadtgemeinde haftet für ihre Polizeiorgane, wenn durch deren Nachlässigkeit auf öffentlicher Straße ein Schaden entstanden ist, dem Geschädigten. δ. **RG.** JW. **06** 807 Ziff. 1. Sowohl natürliche wie juristische Personen können sich, von Ausnahmefällen abgesehen, zu solchen Verrichtungen verpflichten, bei deren Vornahme sie von vornherein auf die selbständige Tätigkeit von Angestellten oder Hilfspersonen angewiesen sind, so im vorliegenden Falle eine Stadtgemeinde als Inhaberin eines Krankenhauses zur Vornahme einer Operation. Für den Schaden, der einem Kranken bei Ausführung der Operation durch Arzt oder Krankenschwester schuldhaft zugefügt wird, haftet die Stadtgemeinde daher gemäß § 278. ε. **RG.** DJZ. **06** 1262, R. **06** 1374 Ziff. 3276. Eine Stadtgemeinde, die ein öffentliches Feuerwerk gegen Entgelt veranstaltet, haftet für Schäden, die ein Zuschauer durch das Feuerwerk erleidet, der eine Eintrittskarte genommen hat, nach § 278, jedoch nur hinsichtlich der eigenen Ansprüche des Verletzten bzw. Getöteten, nicht derjenigen der Erben (wie Beerdigungskosten). Hierfür haftet sie nur aus Deliktsgrundsätzen. ζ. S. ferner o. zu § 89 Ziff. 3 c.

§ 280. 1. Dogmatisches. *Siber, IheringsJ. **50** 210—231. a) Zeitweilige Unmöglichkeit ist nur bei dauernden, nicht bei vorübergehenden Leistungen Teilunmöglichkeit und daher nur bei den ersteren durch § 280, 2 betroffen. Gleichwohl umfaßt das „soweit" in §§ 275, 280 neben jeder partiellen auch die nur zeitweilige Unmöglichkeit vorübergehender Leistungen, gleichviel ob diese „ihrer Natur nach", ob sie „voraussichtlich" nur vorübergehend ist oder nicht. Darum folgt für zeitweilige Unmöglichkeit vorübergehender Leistungen aus § 275, daß während der Unmöglichkeit nicht nur Verzug des Schuldners ausgeschlossen, sondern auch die auf gegenwärtige Leistung gerichtete Klage abzuweisen ist; aus § 280, 1, daß die Schuld für die Dauer der Unmöglichkeit zur Schadensersatzpflicht geworden ist, aber mit deren Beendung wieder auf die ursprünglich geschuldete Leistung geht.

Der Gläubiger kann deshalb schon während der zeitweiligen Unmöglichkeit auf Schadensersatz klagen und muß nur bei Wegfall der letzteren während des Prozesses — ohne Klagänderungsnachteile — den Antrag ändern und die ursprünglich geschuldete Leistung nebst Verzugsschäden fordern. — Verzug hat nicht zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung zur Folge, obwohl es denkbar wäre, daß eine vom Schuldner zu vertretende zeitweilige Unmöglichkeit nach den Grundsätzen sowohl der Unmöglichkeit, wie des Verzugs zu beurteilen wäre. Nach dem BGB. ist aber Verzug nur verantwortliche Nichtbewirkung der möglich bleibenden Leistung. Der Gläubiger kann deshalb während der Unmöglichkeit nur auf Schadensersatz, nach Wegfall derselben auf die wieder möglich gewordene Leistung nebst Verzugsschäden klagen. Er kann ferner während der Unmöglichkeit einmal gemäß § 325 den Rücktritt erklären, der aber mit Aufhören der Unmöglichkeit wirkungslos wird, und weiter gemäß § 326 für den Fall des Aufhörens der Unmöglichkeit die Leistung unter Fristsetzung ablehnen; am besten wird er Rücktritts- und Ablehnungserklärung kombinieren. b) „Durch die Nichterfüllung" entstanden ist nicht nur der negativ durch Unterbleiben der Erfüllung (z. B. Nichterrichtung einer richtigen Bilanz), sondern auch der positiv durch Andersleistung (z. B. Errichtung einer falschen Bilanz) verursachte Schaden. Gegen Staub. (aaO. 194 ff.)

2. Unterlassungsklagen. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 149. Hat der Schuldner, ungeachtet einer Abmahnung des Gläubigers immer wieder Handlungen vorgenommen, durch die er sich die Leistung zum Teil unmöglich machte, z. B. Bücher aus einer verkauften Bibliothek veräußert, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen. (Näheres oben im Anhang „Unterlassungsklage", hinter § 229.)

3. Verhältnis der Unmöglichkeit zur Haftung aus § 823. S. JDR. **4** Ziff. 1. OLG. **13** 252 (KG.). Ist neben der Haftung aus § 823 eine Haftung aus einer Vertragsverletzung gegeben, so liegt Gesetzeskonkurrenz, ein Zusammentreffen mehrerer Rechtsgründe für den gleichen Anspruch vor. In Fällen solcher Art ist aber der Rechtszustand für die gleiche Sachlage immer im gleichen Sinne zu beurteilen, mag die Klage sich auf den einen oder den anderen Rechtsgrund stützen.

4. SächsRpflA. **06** 433 (Dresden). Der Eigentümer und Führer eines Automobils, der sich einem anderen zur Ausführung einer Reise mit diesem Automobil verpflichtet, hat diesem allen Schaden zu ersetzen, der ihm infolge einer durch Beschädigung des Automobils entstandenen Umöglichkeit der Erfüllung zugefügt ist, selbst wenn der andere den Fahrer zu übermäßig schneller Fahrt getrieben und dadurch der Unfall herbeigeführt ist. Mit einer solchen Aufforderung kann der Passagier nur die Steigerung auf die höchste Leistungsfähigkeit des Motors haben erreichen wollen. Wenn der Fahrer auf die Aufforderung des Passagiers die Geschwindigkeit so gesteigert hat, daß er Weghindernisse nicht mehr zu übersehen vermochte, so muß er für die Folgen dieser Handlungsweise eintreten.

§ 283. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 220 Anm. 2. Grundlage der Fristsetzung ist auch die Verurteilung zur künftigen Leistung, selbst wenn sie unter aufschiebender Rechtsbedingung ausgesprochen ist.

2. ElsLothJZ. **06** 285, DJZ. **06** 211 (Colmar). Der den Gläubiger — im Falle einer Schadensersatzforderung wegen Nichtleistung aus einem einseitigen Vertrag — treffende Beweis der Unmöglichkeit der Leistung wegen eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes kommt im Falle des § 283 in Wegfall. Es wird alsdann ohne weiteres der Schuldner so behandelt, als sei ihm die Leistung aus einem ihm zur Last fallenden Verschulden unmöglich geworden. Auch braucht der Gläubiger bei nachweisbar vorhandener Unmöglichkeit der Leistung

dem Schuldner zur Leistung nicht noch vorerst eine zwecklose Frist zu bestimmen, sondern kann ohne weiteres Schadensersatz verlangen.

§ 284. 1. Dogmatisches. S. insbes. JDR. 2 Ziff. 1 ff. *H. Lehmann, a) Der Verzug als Nichterfüllung bewirkt Unmöglichkeit der Leistung für die Vergangenheit. Insofern ist er ein Fall teilweiser Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit. Die Mißachtung der Zeit erscheint dem Gesetzgeber nicht wichtig genug, um den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit zu verwenden, weil die Mißachtung der Zeit regelmäßig die Nachholung der Leistung nicht ausschließt, und weil der ökonomische Wert der Leistung keine durchgreifende Veränderung dadurch erfährt, daß sie nicht im ersten Moment, in dem sie erfolgen sollte, erfolgt; deshalb hat der Gesetzgeber den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit beiseite geschoben und den Verzug als selbständiges Institut gestaltet. Verzug ist ein um seiner Eigenart willen aus den übrigen Fällen der Unmöglichkeit ausgeschiedener, durch Anknüpfung von Sonderrechtsfolgen als selbständige Rechtslage ausgestalteter Fall der Unmöglichkeit (186 ff., 262 ff.). b) Das Kriterium der Nachholbarkeit ist das einzige Kriterium, im Hinblick auf das man den Verzug prinzipiell richtig von der Unmöglichkeit abgrenzen kann (263—265). ➳ Gegen Golde, ACivPr. 99, der das leugnet, ist zu sagen, daß bei Verzicht auf das Kriterium der Nachholbarkeit jeder Anhaltspunkt für eine grundsätzliche Scheidung zwischen den Unmöglichkeits- und Verzugstatbeständen verloren geht. Willkürlich ist die Behauptung Goldes 311 für die gewöhnlichen Fälle der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit (§§ 280, 325) sei Voraussetzung, daß, wenn eine Leistungszeit bestimmt sei, die Unmöglichkeit bei Eintritt der Leistungszeit bereits vorliege. Wo steht das? Auch § 287, der die Rechtsfolgen der nach Beginn des Verzugs eingetretenen Unmöglichkeit behandelt, beweist das nicht. Verzug ist nicht Unmöglichkeit, sondern bewirkt sie; er wird aber vom Gesetz als besonderes Institut behandelt. Die im § 287 nachträglich eintretende Unmöglichkeit ist sonach mit der durch den Verzug erzeugten gar nicht zu verwechseln. Verzug ist eine durch Nichterfüllung erzeugte Unmöglichkeit für die Vergangenheit; die im § 287 erwähnte Unmöglichkeit eine für die Zukunft eintretende, die vor aller Nichterfüllung feststeht. Gegen Golde spricht auch § 283, der beweist, daß eine Unmöglichkeit auch erst nach Beginn der Leistungszeit eintreten kann. ⇠ c) Das Kriterium der Nachholbarkeit grenzt den Verzug ab von der totalen Unmöglichkeit. Verzug und teilweise Unmöglichkeit grenzen sich wie folgt ab: Verzug ist diejenige teilweise Unmöglichkeit der Leistung rein in Ansehung der Zeit, die erst durch die ➳ nach der Mahnung oder einem gleichwirkenden Termin liegende ⇠ Nichterfüllung einer obligatorischen Pflicht für die Vergangenheit begründet wird, falls die Nichterfüllung nicht auf einem Mangel am Können beruht, oder auf einen, durch einen zu vertretenden Umstand herbeigeführten Mangel am Können zurückzuführen ist. — Im Gegensatz dazu stehen als Fälle rein teilweiser „Unmöglichkeit“ in Ansehung der Zeit die Fälle, wo spätestens im Augenblick nach der Mahnung oder einem gleichwirkenden Termin vor aller Nichterfüllung die Unmöglichkeit schon feststeht, während eines Teiles des Erfüllungszeitraumes zu leisten und diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten ist (265/66). d) Auch bei negativen Obligationen ist ein Verzug denkbar, soweit die Unterlassung nachholbar ist. Insbesondere kann nachholbar sein die kurzfristige Dauerunterlassung. ➳ Nachholbar kann auch sein die einmalige Duldung, z. B. Duldung der Besichtigung beim Kaufe auf Probe § 495 Abs. 2 ⇠ (266—269, 186—190). e) Bei Durchprüfung der Verzugsregelung ergibt sich α. daß der Verzug eine seltene Erscheinung sein wird, weil die Unterlassung nur ausnahmsweise nachholbar ist, β. daß die Zeitdauer des Verzugs von keiner erheblichen Länge sein kann, weil die Nachholungsfrist bei der negativen Leistung ihrer Natur nach stets

eine sehr kurze sein muß, γ. daß von den Verzugswirkungen nur die der §§ 286 u. 326 BGB. auf die negative Obligation passen (269/71).

2. *Siber, IheringsJ. **50** 202 ff. Verhältnis des Verzugs zur zeitweiligen Unmöglichkeit s. § 280, 1. Verzug kommt bei Unterlassungspflichten nicht in betracht, s. §§ 241 ff. Ziff. 3. Verzug tritt durch eine vom Schuldner zu vertretende Falschleistung ohne Mahnung ein, und zwar selbst dann, wenn die Leistungspflicht noch nicht abgelaufen ist.

3. *Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Über das Verhältnis des Verzugs zu den positiven Vertragsverletzungen s. o. zu § 275 Ziff. 2.

4. Die Mahnung. S. IDR. **1** Ziff. 3, 6, **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 4. **a**) SächsRpflA. **06** 38 (Dresden). Die Mahnung ist die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur sofortigen Bewirkung der geschuldeten Leistung. Diesem Erfordernis ist nicht genügt, wenn in einem Schriftsatz Ansprüche aufgezählt werden, die jemand sich beilegt, und der Betreffende sich nur gegen ihre Tilgung zur Erfüllung bereit erklärt. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts schließt nicht eine Mahnung in sich. Die fällige Leistung wird nur zur Verteidigung gegen den Klaganspruch geltend gemacht, zum Zwecke der Hinausschiebung der Befriedigung bis zu dem Augenblick, in dem der Kläger seinerseits den Anspruch leistungsfähig machen wird. **b**) Sukzessivgeschäfte. S. a. **RG. 60** 84, IW. **05** 171 Ziff. 10 in IDR. **4** Ziff. 4b. **RG.** ElsLothIZ. **06** 321, HoldheimsMSchr. **06** 73, SeuffBl. **06** 579, R. **06** 114. Die Bestimmung, daß alle Nachbestellungen innerhalb 30 Tagen vom Tage der Bestellung ausgeführt sein müssen, ist für die einzelnen Leistungen nicht eine Zeitbestimmung nach dem Kalender, da der Zeitpunkt der Nachbestellungen nicht vertragsmäßig bestimmt, sondern ungewiß ist. **c**) Bestimmung nach dem Kalender. **RG.** SeuffA. **61** 134. In der Abmachung, daß innerhalb 30 Tagen nach der Bestellung zu liefern sei, kann eine Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender nicht erblickt werden, da die Bestimmung der für die Leistung maßgebenden Zeit nach einem anderen, an sich ungewissen Ereignis erfolgen soll. **d**) OLG. **12** 251, R. **06** 179 Ziff. 289 (Cassel). In der Erhebung der Klage ist auch dann eine Mahnung zu erblicken, wenn zwar der Rechtsgrund nicht richtig angegeben ist, die Forderung, deren Erfüllung verlangt wird, jedoch bestimmt bezeichnet ist.

5. Kündigung. S. IDR. **3** Ziff. 3. OLG. **12** 252, R. **06** 615 Ziff. 1433 (Dresden). Die Erklärung, weiter Erfüllung zu verweigern, bedeutet eine Kündigung. Dabei ist es gleichgültig, ob der Erklärende annahm, es liege ein Fall vor, der ihn berechtige, das Vertragsverhältnis ohne Kündigung aufzulösen.

§ 286. 1. *Siber, IheringsJ. **50** 192 ff. „Durch den Verzug" ist ein Schaden entstanden, der negativ durch Nichtleistung oder positiv durch Andersleistung verursacht ist.

2. NaumburgAK. **06** 28 (LG. Halle). Die Kosten des Mahnschreibens eines Rechtsanwalts müssen vom Gegner erstattet werden, sie gehören zu dem Schaden, der dem mahnenden Gläubiger durch den Verzug des Schuldners entstanden ist. S. IDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 3a.

§ 288. 1. R. **06** 1318 Ziff. 3196 (Breslau). Der Gläubiger hat für die Verzugszinsen die Zeit des Zinsenlaufs darzutun, weil ihn die Beweislast für die Dauer des Verzugs trifft.

2. SächsOVG. **8** 3. Die Grundsätze des Privatrechts über die Entschädigung für Nichterfüllung von Verbindlichkeiten können auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes nicht angewandt werden, sofern keine Verzugszinsen gefordert werden. S. a. IDR. **3** § 288.

§ 292. **RG.** DJZ. **06** 541, R. **06** 503 Ziff. 1156. Derjenige, der weder wissentlich, noch grobfahrlässig ein Patent verletzt hat, ist nicht verpflichtet, die Nutzungen herauszugeben, welche er seit Klagerhebung durch die patentierte Erfindung bezogen hat. „Gegenstand" im Sinne des § 292 kann auch ein Immaterialgüterrecht sein.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 293. 1. *Alex Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung 41 ff. Annahmeverzug ist nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Leistung nicht annehmen kann. Wie, wenn gleichzeitig der Schuldner nicht erfüllen kann? Diese Frage wird bejaht für die Fälle, wo die Unmöglichkeit in den persönlichen Verhältnissen des Gläubigers begründet ist, sofern nur der Schuldner persönlich bereit und fähig ist, zu leisten (Crome § 163 Ziff. II). Er untersucht, wieweit im gegenseitigen Vertragsverhältnisse bei nachfolgender objektiver Unmöglichkeit Annahmeverzug begründet sei (vgl. zu § 297). Es kommt darauf an, ob nach dem zugrunde liegenden Vertrage der Schuldner die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung der Möglichkeit vom Gläubiger erwarten konnte (45 Note 3). Vgl. u. zu §§ 323 ff.

2. R. **06** 48 (Braunschweig). Durch eine unvollständige Lieferung wird der die Sendung ablehnende Käufer, auch wenn er die Unvollständigkeit nicht kannte, nicht in Annahmeverzug gesetzt.

3. R. **06** 615 Ziff. 1434 (Dresden). Auch der die Wandelung nicht annehmende Verkäufer kommt als Gläubiger bezüglich seiner Rücknahmeverpflichtung in Verzug, auch wenn das Wandelungsrecht nicht mehr besteht, als in Form einer Einrede gegen die Kaufgelderklage.

§ 295. 1. Wertheimer, Die Einlösung von Zinsscheinen ausgeloster Obligationen, BankA. **6** 52—55, bejaht 54/5 die Frage, ob durch die Auslosung und Veröffentlichung des Ergebnisses (Ziehungslisten) ein Verzug des Anleiheschuldners eintrete, gegen Freund ebenda Nr. 3 (s. u. zu § 803). In der Veröffentlichung der Ziehungsliste und des Rückzahlungstermins liegt ein wirkliches Angebot nach § 295.

2. Über Siber vgl. §§ 241 ff. Ziff. 3.

§ 297. *Alex Meyer 40 ff. § 297 steht der Annahme, daß der Gläubiger auch bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung im Verzuge sein könne (vgl. zu § 293), nicht im Wege. [Grundlegend Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) 185 Note 8, Kohler, Der Gläubigerverzug, ABürgR. **97** 258. AM. Dernburg, Bürg. R. II § 75 Ziff. I 2; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung 22 Note 38. Vgl. zu §§ 323 ff.]

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Vorbemerkung. Die Judikatur zu diesem Abschnitt, insbesondere zu den §§ 313 und 326, ist diesmal besonders reichlich. Nicht alle diese Entscheidungen werden allseitig Zustimmung finden; besonders die Entscheidung des **RG. 62** 411 v. 21. 2. 06, u. zu § 313 II c, gibt zu Bedenken Anlaß. — Als die wichtigste Frage darf angesehen werden, wieweit das RG. die analoge Anwendung des § 326 bei positiven Vertragsverletzungen einschränken wird, wozu es in **RG. 63** 100 einen bedeutsamen Schritt getan hat. — Auch das Interesse an literarischer Behandlung der Fragen, die dieser Abschnitt aufgibt, ist wieder gewachsen. Im Mittelpunkte des Interesses steht der Sukzessivlieferungsvertrag. Der Widerspruch gegen die Staubsche Lehre von der analogen Anwendung des § 326 auf die positiven Vertragsverletzungen mehrt sich zusehends. — Für das Versicherungsrecht bedeutsam sind die auf schweizerischem Rechte fußenden und daher für die deutsche

Praxis kaum verwertbaren Ausführungen Königs: Die Anfechtungsklage und die Lebensversicherungsverträge zugunsten Dritter, BernZBZ. 42 113 ff.; Die Subjekte der vermögenswerten Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag, ZVersWiss. 6 633 ff. — Der Aufsatz von Kraus: Wirkung des Rücktritts vom Vertrag, insbesondere der Wandelung beim Kaufe, BayRpflZ. 06 401, ist unten beim Kaufe (zu § 467) berücksichtigt; der Aufsatz von Marcus: Über das Verhältnis des § 446 HGB. zu §§ 334, 335 BGB., KGBl. 06 55, ist bei dem erstgenannten Paragraphen behandelt.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. *Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, Wien 1906; auch in ÖstZBl. **24** 705 ff., 799 ff., 888 ff. — s. a. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 2e — führt aus: Zur rechtsgeschäftlichen Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ➳ Forderung, zusammengesetzten Schuldverhältnisses (Gesamtschuldverhältnisses) ⇜ bedarf es eines Vertrags, ausgenommen die Fälle, in denen bereits zur rechtsgeschäftlichen Begründung des Schuldverhältnisses ein einseitiges Rechtsgeschäft genügt (7, 8). — Abzugrenzen ist die vertragliche Inhaltsänderung des Schuldverhältnisses gegen die Endigungsgründe von Schuldverhältnissen und gegen die Institute: „Übertragung von Forderungen“ und „Schuldübernahme“ (5—27). — Da dem BGB. die Novation als Institut fremd ist, das BGB. anderseits die Institute: „Übertragung von Forderungen“ und „Schuldübernahme“ klar geregelt hat, so ist eine scharfe Abgrenzung möglich. — Die Exegese der hierher gehörenden §§ 1119, 583, 692, 767 Abs. 1 Satz 3, 1210 Abs. 1, 1276 Abs. 2, 407 Abs. 1, 408 Abs. 1, 415 Abs. 1 Satz 3 ergibt für die Lösung des Problems der vertraglichen Inhaltsänderung von Schuldverhältnissen nur weniges. Wertvollere Gesichtspunkte bietet: 1. die gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen des Verzugs, der verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit, der positiven Vertragsverletzungen, insofern der Erfüllungsanspruch in diesen Fällen, ohne zerstört zu werden und also seine Identität zu verlieren, eine derartige Inhaltsänderung erfährt, daß er den Charakter „Interessenanspruch“ annimmt. 2. Ferner die Regelung im BGB. § 607 Abs. 2 — Aus dieser Regelung folgt, daß die vertragliche Inhaltsänderung bei Schuldverhältnissen sogar soweit reichen kann, daß das Schuldverhältnis einen anderen Typus annimmt, wenn nur die allgemeine Richtung des Schuldverhältnisses: Forderung auf Geld, auf vertretbare Sachen, auf Handlungen trotz der vertraglichen Inhaltsänderung dieselbe bleibt. Einzeluntersuchungen über diese Frage finden in den Versuchen, über den zersplitterten scharf abgegrenzten „einzelnen Schuldverhältnissen“ neue übergeordnete Gebilde ins Leben zu rufen, wertvolle Vorarbeiten. Ergibt nämlich die Nachprüfung und Vergleichung verschiedener „einzelner Schuldverhältnisse“ deren enge Verwandtschaft, so folgt daraus, daß ein konkretes Schuldverhältnis, welches den Typus eines der verwandten „einzelnen Schuldverhältnisse“ trägt, infolge vertraglicher Inhaltsänderung die Typen der anderen verwandten „einzelnen Schuldverhältnisse“ annehmen kann (36—50). — Der Abänderungsvertrag bedarf nur dann einer Form, wenn die in der Inhaltsänderung gewollte Wirkung nur durch ein formelles Geschäft herbeigeführt werden kann, speziell, wenn die Diagnose nach der vertraglichen Inhaltsänderung ergeben würde, daß das Schuldverhältnis nunmehr einen Obligationstypus angenommen hat, der ein formelles Rechtsgeschäft zur Voraussetzung hat. — Nur bei dem aus formgerechtem Grundstückskaufvertrage fließenden Schuldverhältnisse auf Eigentumsübertragung am Grundstück bedarf jeder Abänderungsvertrag der notariellen oder gerichtlichen Form (54—55). — Ob und inwieweit die Abänderungsverträge in den Fällen der §§ 518 Abs. 1 767 Abs. 1 Satz 3, 766, 566 der Form bedürfen, vgl. 56—61. — Der Abänderungsvertrag ist ein abstrakter Vertrag (63—64). — Kasuistik 64—72.

§ 306. 1. *Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JheringsJ. **50** 238 ff. Unvermögen kommt nur bei Produktionspflichten (vgl. § 275) in Betracht; bei Übertragungspflichten ist jede Unmöglichkeit eine objektive. — Das Versprechen einer subjektiv unmöglichen Leistung ist gültig. Daraus folgt aber nicht, daß der Versprechende hier ohne Rücksicht auf den von ihm zu vertretenden Haftungsgrad schadensersatzpflichtig wäre, sondern nur a) daß er bei nachträglichem Wegfall des Unvermögens auch dann zu der ihm möglich gewordenen Leistung verpflichtet wird, wenn sein Versprechen nicht gemäß § 308 aufschiebend bedingt war; b) daß er schadensersatzpflichtig ist, wenn das Unvermögen auf einem nach allgemeinen Grundsätzen von ihm zu vertretenden Umstande beruht. — Eine Schadensersatzpflicht wegen Unvermögens folgt nur a) aus Spezialvorschriften, wie §§ 439, 440, 523—541, 600 für den Fall, daß das Unvermögen auf Mangel im Recht beruht, und zwar bei unentgeltlichen Verträgen nur auf Grund von Arglist, sonst unbedingt; b) aus § 279 unbedingt für den Fall, daß es nur auf Zahlungsunfähigkeit beruht; c) sonst unbedingt nur aus einer Garantieübernahme für die Fähigkeit zur Leistung, und entsprechend §§ 280, 284—286 für den Fall, daß es auf einem nach dem Zahlungsmaßstab des konkreten Rechtsgeschäfts vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht.

2. SchlHolstAnz. **06** 324, SeuffA. **61** 351 (Cassel) bestätigt von RG. ebenda. Die Vereinbarung einer sich mit jedem folgenden Tage verdoppelnden Vertragsstrafe ist wegen Unmöglichkeit und Unsittlichkeit nichtig.

3. R. **06** 1374/75 Ziff. 3277 (Frankfurt). Wenn der Verkäufer nur aus dem Grunde nicht in der Lage ist, dem Käufer die gekauften Wertpapiere zu Eigentum zu übertragen, weil dieser die zum Erwerb erforderliche Eigenschaft — Angehörigkeit zu einer bestimmten Nation — nicht hat, so liegt keine objektive, sondern subjektive Unmöglichkeit vor; der Vertrag ist nicht nichtig, sondern höchstens (wegen Irrtums) anfechtbar.

4. **RG.** JW. **06** 437 Ziff. 25. Ein Mietvertrag ist nicht etwa dann auf eine unmögliche Leistung gerichtet, wenn der Mieter zugleich Eigentümer der Mietsache ist. Denn Gegenstand der Leistung des Vermieters ist die Gebrauchsgewährung, die wegen ihrer tatsächlichen Natur auch dem Eigentümer an der eigenen Sache verschafft werden kann.

5. ElsLothJZ. **06** 36 (Colmar). Ein Fall von subjektivem Unvermögen, nicht von objektiver Unmöglichkeit liegt vor, wenn ein Miterbe französischen Rechts sich verpflichtet hat, an einem Nachlaßgrundstück eine Hypothek zu bestellen. Wenn er dies auch ohne Zustimmung der anderen Erben nicht tun kann, so kann er doch dieses Hindernis, sei es durch Erlangung der Zustimmung der Erben, sei es auf dem Wege der Erbauseinandersetzung, beseitigen. S. auch o zu § 275 Ziff. 5c.

§ 307. **RG.** BadRpr. **06** 88. Die Vermietung einer Wohnung mit der Verpflichtung, zu diesen Räumen einen besonderen Zugang von der Haupttreppe aus zu schaffen, obwohl dies baupolizeilich verboten war, rechtfertigt die Anwendung der §§ 306, 307.

§ 310. *Riezler, ABürgR. **27** 230. Dem § 310 liegt der Gedanke zugrunde, daß niemand sich soll dauernd der Fähigkeit begeben können, für sich selbst zu erwerben. In welcher Form solche § 310 zuwiderlaufende Verträge auftreten, ist gleichgültig. Der Grundsatz verlangt absolute Durchsetzung, selbst gegenüber wohlerworbenen Rechten.

Zu §§ 311, 313. **RG. 61** 284. Wenn Auflassung und Eintragung von Grundeigentum auf Grund eines privatschriftlichen Vertrags erfolgt sind, der nach § 311 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätte, so tritt eine Heilung des nichtigen Vertrags nach § 313 Satz 2 nicht ein, weil hier kein Vertrag

der im § 313 Satz 1 erwähnten Art vorliegt, sondern ein Vertrag viel weiteren Inhalts, wovon die Grundstücksübertragung nur einen Teil bildet, es müßte denn sein, daß die Parteien den Vertrag insoweit auch allein, als selbständigen Vertrag geschlossen haben würden (§ 139 BGB.). Das letztere hat der zu beweisen, der es behauptet.

§ 311. 1. *Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft 19 ff. Die Formvorschrift des § 311 gilt nur für ganze Vermögen oder Bruchteile desselben, nicht für freies Sondervermögen. Verträge über Veräußerung von Geschäften von Einzelkaufleuten sind formlos gültig, selbst wenn zufällig das Geschäft das ganze Vermögen eines Kaufmanns sein sollte ➳ ein kaum denkbarer Fall! ⇜, denn die Verträge müssen das ganze Vermögen als „solches" betreffen wollen. (Vgl. den RG. **17** 96 zugrunde liegenden Fall.) AA. Hellwig, Vertr. § 61, Lehmann, Komm. zum HGB. 93. — § 311 gilt auch nicht für Veräußerung des Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft, denn nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter veräußern, und deren ganzes Vermögen ist das Geschäft nicht. (AA. D. z. HGB. 37.) — Eine analoge Ausdehnung der Formvorschrift auf die genannten Fälle ist unstatthaft.

2. OLG. **12** 50 (Karlsruhe). Die Form ist nicht gewahrt, wenn der Hilfsbeamte des Grundbuchamts, der den Vertrag aufgenommen hat, zwar zuständig zur Beurkundung eines Kaufvertrags war, nicht aber zur Beurkundung eines Vertrages, durch den der eine Teil sich verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen.

§ 312. Abs. 2. RG. **63** 428, JW. **06** 539 Ziff. 3. BGB. versteht unter einem „Erbverzichtsvertrage" einen mit dem Erblasser geschlossenen Vertrag. Daher ist ein „Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird", kein Erbverzichtsvertrag.

§ 313. Literatur: Dennler, Zur Bedeutung und Tragweite des § 313 BGB. mit besonderer Bezugnahme auf das bisherige bayerische Recht, JustizdRundsch. **06** 33; — ders., SeuffBl. **06** 670 ff. — Hamm, Bericht über den 28. deutschen Juristentag, ZBl. FG. **7** 296. — Heinitz, Ist eine Änderung der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. empfehlenswert? DJZ. **06** 942. — Jacobi, Der Formzwang des § 313 vor dem 28. deutsch. Juristentag, BayRpflZ. **06** 389 ff. — Meyer, BayRpflZ. **06** 186 (vgl. u. zu II 1). — Sz., Ist die Beurkundung des obligatorischen Vertrags über die Veräußerung eines Grundstücks, für welches das neue Grundbuch noch nicht angelegt ist, durch einen nichthessischen, z. B. preußischen, Notar rechtswirksam? HessRspr. **7** 39; vgl. a. das. 78. — Unterliegt die einseitige Ankaufsverpflichtung dem Formzwange des § 313 BGB.? RheinNotZ. **51** 127. — Neubecker, Verpflichtung zum Grundeigentumserwerbe, BayRpflZ. **06** 431 ff.

I. 1. Die insbesondere von Dennler vertretene und neuerdings in SeuffBl. **06** 670 ff. ausführlich begründete Ansicht, daß § 313 in vollem Umfange aufrecht erhalten werden müsse, darf, nachdem der 28. deutsche Juristentag sie adoptiert hat, als die herrschende bezeichnet werden. Hamms Abänderungsvorschläge gingen dahin: a) In Satz 1 statt gerichtliche oder notarielle Beurkundung „schriftliche Form" einzusetzen. b) § 313 Satz 2 und § 98 GBO. zu streichen. c) In Satz 1 hinter „zu übertragen" die Worte „oder zu erwerben" einzuschalten. d) Hinzuzusetzen: „Formlose Nebenabreden und Änderungen des Vertrags gelten als nicht vereinbart." Die Begründung ist in ZBlFG. **7** 296 ff. ersichtlich.

2. Jacobi führt aus: Die Beurkundung des obligatorischen Vertrags durch juristisch vorgebildete, unabhängige Urkundspersonen bietet ungleich größere Gewähr für Vollständigkeit, Richtigkeit und Verständlichkeit der Beurkundung als die private Schriftform. Auch schützt sie vor Übereilung und Bewucherung, wenn auch nicht in allen, so doch in vielen Fällen, und es wäre unklug und unpolitisch,

auf das Maß des Schutzes zu verzichten, das ohne Schädigung anderweitiger berechtigter Interessen erreicht werden kann.

3. Heinitz sieht den Hauptwert der Formvorschrift in der Erhöhung der Rechtssicherheit und widerlegt die hauptsächlichen gegen § 313 gemachten Einwendungen.

4. Der Verfasser des Artikels in RheinNotZ. **51** 127 stellt sich mit dem V. Sen. des RG. (Urt. v. 12. 5. 06) zweifelnd zu dem Standpunkt des VII. Sen. des RG. (JW. **05** 126) und Oberneck's (DNotV. **04** 609), daß auf Verträge, die nur das Recht auf Abnahme des Grundstücks begründen, die Formvorschrift des § 313 keine Anwendung finde.

5. Die von Sz., HessRspr. **7** 39, gestellte Frage wird vom Ref. W. S. (das. 78) mit der Maßgabe bejaht, daß der Vertrag nach Art. 6 HessIngrossationsG. noch der Bestätignng durch das Amtsgericht bedürfe. — Scherer führt (das. 78, 79) aus: Die Beurkundung durch einen nichthessischen Notar ist obligatorisch rechtswirksam; jede Partei kann von der anderen verlangen, daß sie behufs dinglicher Wirkung des Vertrags einen weiteren Notariatsakt vor einem hessischen Notar oder einen gerichtlichen Akt vor einem hessischen Gericht aufnehmen läßt, insoweit das hessische Recht eine inländische Beurkundung für den Rechtsübergang verlangt. Dieses Recht kann durch Klage erzwungen werden.

6. *Neubecker, BayRpflZ. **06** 431 ff. Die Formvorschrift des § 313 findet auf Verträge, durch die sich jemand zum Erwerbe des Eigentums an Grundstücken verpflichtet, keine Anwendung. Folglich sind auch Verträge formlos gültig, durch die sich jemand verpflichtet, eine Verkaufsofferte anzunehmen bzw. nicht abzulehnen. — Auch die Beredung einer Vertragsstrafe für solchen Fall ist wirksam.

7. Dennler, a. a. O. 33 ff., 49 ff., gibt einen gedrängten Überblick über die Bedeutung des § 313. Hervorzuheben ist der Satz: Seit dem Inkrafttreten des BGB. gilt demnach Art. 14 BayNotG. v. 10. 11. 61, solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nur noch für die unmittelbare Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück, also nur mehr für die Grundstücksübereignung oder Hypothekenbestellung selbst, nicht aber für die Eingehung der Verpflichtung dazu (BayObLG. **4** 733).

II. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht? **a**) Meyer, BayRpflZ. **06** 186. Ein Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. — ⟹ Die Frage ist vom RG. noch nicht endgültig beantwortet. Vgl. JDR. **4** zu § 313 IIa. Wie **RG.** V 4. 3. 05 auch ElsLothJZ. **06** 121 (Colmar). Red. ⟸ **b**) SächsRpflA. **06** 14 (Dresden). Ein Vertrag über künftige käufliche Überlassung eines Grundstücks bedarf der Form. **c**) **RG.** **62** 411, JW. **06** 194, DJZ. **06** 542. A. und B. standen über den Verkauf eines Grundstücks des B. in Unterhandlung. Sie einigten sich dahin, daß B. eine Verkaufsofferte mit langer Bindung notariell verlautbaren ließ und A. übergab, wonach A. das Recht haben sollte, die Offerte bis zu einem bestimmten Tage anzunehmen, zunächst aber 50 000 M. Anzahlung leisten sollte, die im Falle der Nichtannahme dem B. verfallen sein sollten. A., der zwar zunächst die 50 000 M. zahlte, dann aber die Offerte nicht annahm, verlangte die 50 000 M. von B. zurück, da ein gültiges Geschäft nicht vorliege. B. wurde verurteilt mit folgender Begründung: Zwischen A. und B. habe ein formbedürftiger Vorvertrag zu einem Grundstückskaufvertrage vorgelegen, dieser sei mangels der Form nichtig (§ 125 BGB.). A. habe als Gegenleistung für B.s Offerte vertragsmäßige Erklärungen abgegeben, und die Offerte wenigstens bis zu einem Werte von 50 000 M. insofern angenommen, als er dafür diesen Betrag, möge er annehmen oder nicht, versprochen

und gegeben habe. Aber auch, wenn die Vereinbarungen über die 50000 M. mit dem künftigen Kaufvertrage gar keinen inneren Zusammenhang gehabt hätten, so würde doch ebenso zu entscheiden sein; denn auch dann hätte auf der einen Seite eine Verpflichtung zur Abtretung von Grundeigentum, auf der anderen ein Gegenversprechen, mithin ein Vertrag, und zwar einer im Sinne des § 313 Satz 1, vorgelegen; sonst würde man die Möglichkeit einer Umgehung der Formvorschrift anerkennen. **d)** **RG. 62** 335, JW. **06** 134. § 313 bezieht sich nur auf das die Veräußerung des Eigentums an einem Grundstücke betreffende Hauptgeschäft, nicht aber auf ein Hilfs- und Nebengeschäft, wie z. B. Vollmacht und Auftrag, die auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundeigentum gerichtet sind. Vgl. **RG. 54** 75. — Ebenso HansGZ. **06** Beibl. 107 (Hamburg). Die Vollmacht zum Abschlusse des notariellen Kaufvertrags bedarf nicht der Form. — BraunschwZ. **06** 146 (Braunschweig). Eine Vollmachtserteilung zum Kaufabschluß enthält nicht in jedem Falle eine Umgehung der Tendenz des Gesetzes. **e)** Bad. Rpr. **06** 222 (Karlsruhe). Wird durch einen von den Parteien geschlossenen Vertrag eine Verpflichtung des einen Teiles gegen den anderen zur Weiterveräußerung des Grundbesitzes begründet, so daß der erste Teil nicht mehr frei ist in der Entschließung, ob er veräußern wolle oder nicht, so untersteht er der Formvorschrift des § 313. **f)** **RG.** ZBlFG. **7** 202. Die Vereinigung von Bietern in der Zwangsversteigerung zur Abgabe eines gemeinschaftlichen Gebots bedarf nicht der Form. **g)** **RG. 63** 18, JW. **06** 219, DJZ. **06** 542, BöhmsZ. **16** 329, DNotV. **06** 754. Auf den Abschluß von Verträgen über ausländische Grundstücke, der im Inland erfolgt, findet die Formvorschrift des § 313 keine Anwendung. **h)** **RG.** JW. **06** 302 Ziff. 7, DNotV. **06** 755. Ein Vertrag über die Festsetzung einer ungewiß gewordenen Grenze ist obligatorischer Natur und unterliegt nicht dem Formzwang; dagegen bedarf ein Vertrag, der eine Grenze festsetzt, die erst dadurch erhalten wird, daß die Nachbarn gegenseitig Teile ihrer Grundstücke abtreten, der Form. **i)** BraunschwZ. **06** 68 (Braunschweig). Ein Kaufvertrag über einen auf fremdem, gemietetem Grund und Boden errichteten Eiskeller betrifft eine bewegliche Sache und bedarf nicht der Form. **k)** RheinA. **102** I 235 (Cöln). Übertragen die Erben eines verstorbenen Gesellschafters ihre Rechte an dem Gesellschaftsvermögen (Grundbesitz) auf den einzigen noch vorhandenen Gesellschafter gegen eine Abfindungssumme, so ist zwar Auflassung und Eintragung zum Übergang des Grundeigentums nötig, aber der Auseinandersetzungsvertrag ist nicht formbedürftig. **l)** BraunschwZ. **06** 70, 145 (Braunschweig). Nicht die Aufhebung, wohl aber die Abänderung eines formgerecht geschlossenen, aber noch nicht erfüllten Grundstücksveräußerungsvertrags bedarf der Form. — R. **06** 681 Nr. 1603 (Braunschweig). Der rechtsgeschäftliche Verzicht des Käufers eines Grundstücks auf die Geltendmachung der ihm aus arglistiger Täuschung zustehenden Rechte gegen Nachlaß am Kaufpreise bedarf der Form. **m)** SchlHolstAnz. **06** 213 (Kiel). Handelt es sich lediglich um eine anderweitige Bestimmung des im formellen Vertrage für die beiderseitige Erfüllung vorgesehenen Termins, um einen Aufschub der Auflassung mit gleichzeitiger Stundung des Kaufpreises, so bedarf eine solche Abmachung nicht der Form. Dagegen: SeuffA. **61** 267, R. **06** 179 Nr. 290 (Cassel). **n)** **RG.** Gruchots Beitr. **49** 893. Die Aufhebung eines notariell oder gerichtlich abgeschlossenen Kaufvertrags über ein Grundstück kann formlos, auch durch stillschweigende, empfangsbedürftige Willenserklärungen erfolgen; ebenso R. **06** 1193 Ziff. 2816 (Frankfurt). **o)** ElsLothJZ. **06** 437 (Colmar). Die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung bedarf der Form nicht.

2. Nebenabreden. **a)** **RG.** JW. **06** 108 Ziff. 6, 538 Nr. 1. Sind in den notariellen Vertrag erhebliche mündliche Abreden nicht mitaufgenommen

worden, trotzdem ohne sie nach Parteiabsicht das Geschäft nicht abgeschlossen werden sollte, so ist der ganze Vertrag nichtig. **b)** **RG.** JW. **06** 548, Bay. RpflZ. **06** 424, JW. **06** 161 Ziff. 3. Der ganze Vertrag ist z. B. nichtig, wenn die Höhe der Gegenleistung für die Grundstücksübereignung nicht formgerecht beurkundet ist, oder wenn der wahre Kaufpreis nicht beurkundet ist. Ebenso Frankf. Rundsch. **40** 136 (Frankfurt). **c)** **RG.** JW. **06** 538. Denn unter dem Formzwange des § 313 Satz 1 steht nicht bloß der einzelne auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrags, sondern der Vertrag, d. h. alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. **d)** BraunschwZ. **06** 69 (Braunschweig). Deshalb ist auch ein formgerecht abgeschlossener Vertrag nichtig, wenn ein mit ihm in untrennbarem Zusammenhange stehender zweiter Vertrag der Form entbehrt. **e)** OLG. **12** 34 (Dresden). Die im Kaufvertrag enthaltene Vereinbarung über die Herstellung eines Anschlußgeleises stellt sich nicht als selbständiger Mietvertrag, sondern als Nebenabrede dar.

3. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** JW. **06** 537 Ziff. 1, DNotV. **06** 753. Seit 1. 1. 00 ist Art. 219 BayAGZPO. v. 23. 2. 79, der die Errichtung von notariellen Urkunden bei Grundstückskäufen bei Strafe der Nichtigkeit anordnete, durch das Inkrafttreten des BGB. beseitigt. **b)** **RG.** **61** 145 ff. Der privatschriftliche Kaufvertrag, der dem gerichtlichen oder notariellen Protokoll als Anlage beigefügt wird, muß mit vorgelesen und genehmigt werden, sonst ist der Kauf nichtig. (Vgl. **RG.** **54** 195 ff.) **c)** **RG.** **61** 264 = JDR. **4** zu § 313 III 3b. — **RG.** JW. **06** 161 Ziff. 3. Der Mangel der Form des § 313 und die dadurch herbeigeführte Nichtigkeit des Vertrags ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Die abweichende Ansicht des OLG. Dresden (JDR. **4** zu § 313 II 3d) ist vom RG. verworfen. **d)** R. **06** 1193 Ziff. 2817 (Frankfurt). Im Falle des § 313 braucht das Grundstück, das veräußert werden soll, in dem Formalvertrage nicht grundbuchmäßig bezeichnet zu werden. Ähnlich auch BraunschwZ. **06** 68, 146 (Braunschweig). Die ungenaue Bezeichnung des Kaufgegenstandes im notariellen Vertrage kann durch anderweitige Ermittelungen beseitigt werden; die unbestimmte oder unrichtige Bezeichnung des Grundstücks ist unerheblich. **e)** SeuffA. **61** 267, R. **06** 179 Ziff. 290 (Cassel). Auf mündliche Vorverhandlungen darf allerdings zu dem Zwecke zurückgegangen werden, um den Sinn der rechtswirksam gemäß § 313 zustande gekommenen Willenserklärungen zu ermitteln. Ausgeschlossen ist dies aber einer Bestimmung des Formalvertrags gegenüber, die ihrer klaren Einfachheit und Bestimmtheit halber jede andere Deutung verbietet.

III. Satz 2. 1. Heilung tritt ein. **a)** R. **06** 1192 Ziff. 2815 (Frankfurt). Die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung bezieht sich nicht nur auf etwaige Mängel des Veräußerungsvertrags, sondern auch auf alle Nebenabreden, die nach dem Willen der Beteiligten als dessen wesentliche Bestandteile gelten sollen. **b)** R. **06** 1192 Ziff. 2814, ElsLothJZ. **06** 34, 486 (Colmar). Eine unter den Parteien in einem zunächst privatschriftlich abgeschlossenen Kaufakte getroffene Nebenabrede ist trotz ihrer Nichtaufnahme in den nachträglich über den Kaufvertrag aufgenommenen Notariatsakt rechtswirksam, wenn sie von den Parteien bei Errichtung des letzteren aufrechterhalten worden ist und die Auflassung wie die Eintragung des Eigentumsüberganges stattgefunden hat. — Ähnlich HansGZ. **06** Beibl. 243, SchlHolstAnz. **06** 350 (Hamburg) bezüglich der Einräumung einer Grunddienstbarkeit; R. **07** 54 Ziff. 16 (Zweibrücken) bezüglich der Nebenabrede eines Darlehns; R. **06** 681 Ziff. 1602 (Colmar) bezüglich der Zusicherung der Trockenheit eines Hauses. (Vgl. dagegen unten 2c.)

2. Heilung tritt nicht ein. **a)** R. **06** 1133 Ziff. 2580 (Frankfurt). Da nach **RG.** **56** 383 die Auflassung und Eintragung bezüglich nur eines Tausch-

grundstücks den Tauschvertrag nicht gültig macht, so ist auch für den Auflassenden die fernere Berufung auf die Ungültigkeit des Tauschvertrags keineswegs abgeschnitten; solange der Vertrag noch ungültig ist, ist er es für beide Teile, und das aus ihm Geleistete kann — nach § 812, nicht § 814 BGB. — zurückgefordert werden. **b**) R. **06** 1133 Ziff. 2579 (Jena). Die Nebenabrede, daß der Erwerber dem Veräußerer das Grundstück jederzeit auf Wunsch wieder zurückzuübertragen habe, wird trotz Auflassung und Eintragung nicht mit gültig. Der Zweck der Bestimmung ist der, daß der Formmangel des Vertrags nicht gerügt werden soll, wenn er durch Auflassung und Eintragung erfüllt worden ist. Der Rückübereignungsvertrag aber ist gar nicht erfüllt und kann deshalb auch nicht nach § 313 Satz 2 saniert werden. **c**) BraunschwZ. **06** 66, 67 (Braunschweig). In die Urkunde nicht aufgenommene Zusicherungen (z. B. Höhe des Bierumsatzes) erlangen durch Auflassung und Eintragung keine Wirksamkeit. Die bei den Vorverhandlungen gemachten, in die Vertragsurkunde nicht aufgenommenen Angaben der Vertragschließenden sind als aufgegeben anzusehen, wenn nicht besondere Umstände eine gegenteilige Annahme rechtfertigen. **d**) BayRpflZ. **06** 464 (München). § 313 Satz 2 gilt für das bayerische Übergangsrecht nicht.

§ 315. 1. KfmGewG. **11** 349 (LG. Dresden). Scheidet ein Arbeiter während des Akkordes aus, so ist der Akkordüberschuß gemäß § 315 zur Verteilung zu bringen.

2. **RG.** JW. **06** 683 Ziff. 3. Die richterliche Entscheidung hat erforderlichenfalls auch dann zu erfolgen, wenn die Bestimmung des Zeitpunkts der Leistung dem Belieben des Schuldners anheimgestellt ist.

3. OLG. **12** 36, R. **06** 241 Ziff. 430 (Hamburg). Die Bestimmung des § 315 bezieht sich auf den Fall, daß eine Leistung, ohne daß sie an andere beschränkende Bedingungen geknüpft wäre, von dem billigen Ermessen eines der Vertragschließenden abhängig gemacht ist; tritt aber zu diesem billigen Ermessen noch eine objektive Voraussetzung hinzu, so muß diesem Umstande Rechnung getragen werden.

4. SächsRpflA. **06** 36 (Dresden). Die Vereinbarung, daß „von dem Rechnungsbetrage $^1/_5$ in Hypotheken in Zahlung genommen werde nach Auswahl der Klägerin", stellt sich nicht als ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB., sondern als eine alternative Ermächtigung des Schuldners dar.

5. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 74 f., 78, über die bei Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner sich ergebenden Fragen. S. auch o. § 262 c.

Zu §§ 315, 316. BadRpr. **06** 100 (Karlsruhe). Wenn bezüglich der Höhe des Mäklerlohnes weder eine Vereinbarung, noch eine Übung besteht, so hat die Bestimmung hierüber derjenige Teil zu treffen, der die Gegenleistung zu fordern hat; sie ist aber nach billigem Ermessen zu treffen.

§ 316. 1. R. **06** 115 Nr. 150 (BayObLG.). Eine Person, die bei der Erledigung eines gerichtlichen Geschäfts eine Bemühung gehabt hat, muß auf die Leistung einer Vergütung nicht deshalb unter allen Umständen verzichten, weil etwa eine gebührenrechtliche Vorschrift nicht besteht, durch die bestimmt ist, welche Vergütung für die Bemühung zu entrichten ist. Der Anspruch auf eine Vergütung kann in einem solchen Falle unter Umständen auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes geltend gemacht werden. Der Streit darüber, ob eine Vergütung zu leisten ist und wieviel sie beträgt, ist dann aber eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit; seine Entscheidung ist daher auf dem ordentlichen Rechtswege herbeizuführen.

2. GewKfmG. **11** 218 (GG. Dortmund). Diese Bestimmung kommt nur dann zur Anwendung, wenn es an einem Maßstabe für die Feststellung der üblichen Vergütung fehlt. (Ein solcher Maßstab fehlt z. B. dann nicht, wenn

in einem Lohntarif ohne Rücksicht auf die Güte der Arbeitsleistung für Maurer ein Stundenlohn von 53 Pf. festgesetzt ist. Dieser Betrag ist dem Kläger als übliche Vergütung zuzubilligen (siehe § 612), ohne daß es darauf ankommt, ob seine Leistungen erheblich gegen diejenigen der übrigen auf der Baustelle beschäftigten Maurer zurückgeblieben sind.) S. auch u. § 612 Ziff. 1.

§ 319. 1. **RG.** R. **06** 615 Ziff. 1437. Soll ein Dritter die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so kann nicht jede Verschiedenheit der Auffassung, sondern nur ein Mißbrauch der übertragenen Befugnisse oder ein grober Irrtum des Bestimmungsberechtigten den Grund zur Umstoßung der getroffenen Entscheidung geben. Ähnlich RheinA. **102** I 139 (Cöln). Ist in einem Versicherungsvertrage vereinbart, daß der Schadensbetrag mit verbindlicher Kraft für beide Teile durch Sachverständige abzuschätzen und festzustellen sei, so haben die Sachverständigen im Zweifel diese Schätzung nach billigem Ermessen vorzunehmen. Unverbindlich ist die Schätzung nur, wenn sie offenbar unbillig ist. Nachzuweisen hat dies der, der es behauptet; jedes prozeßrechtlich zulässige Beweismittel ist dazu geeignet. Ähnlich ferner ElsLothJZ. **06** 58 (Colmar).

2. Oppler, R. **06** 433 ff. Der Ausdruck „offenbare Unbilligkeit" hat keine scharf abgegrenzte juristische Bedeutung, ist vielmehr ein Ausdruck des gewöhnlichen Lebens und dementsprechend auszulegen.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Zu §§ 320 ff. Literatur: M. Beradt, Miete und Polizei, in Heft XXXI der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien. 1906. — Hofmockel, Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags, SeuffBl. **06** 77 ff.

1. *Hofmockel: Bekanntlich hat der Juristentag vom Jahre 1904 folgenden Beschluß gefaßt: „a) Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Betrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit es der Billigkeit entspricht, der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein. b) Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Bedingung wird in der Regel gegeben sein bei Handelskäufen über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn es sich nicht um Fixgeschäfte handelt". — Hiergegen wird vorgeschlagen, den Beschluß des Juristentags unter b Satz 1 dahin zu fassen: „Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Bewirkung seiner Leistung verlangen; wenn ihm jedoch die Bewirkung seiner Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann, so ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung zu begehren". — Hierdurch ist die Gleichberechtigung des Ersatzanspruchs, unter Verpflichtung zur Gegenleistung mit dem Differenzanspruch entschiedener betont. — Das Entscheidende ist, daß bei gewisser Sachlage dem Verlangen der Gegenleistung die exceptio oder replica doli (generalis) entgegensteht, oder, um in der Sprache des BGB. zu sprechen, daß § 242 mit § 157 BGB. zur Anwendung kommt; es hat sohin die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfolgen. Diese Grundsätze erfordern aber bei gegebener Sachlage, daß die Gegenleistung in Wegfall kommt und die Differenz

zwischen dieser und dem Schadensersatzbetrage von dem Verpflichteten zu leisten ist. — Mit diesem Gesichtspunkte verbindet sich der weitere, daß schon in dem Zurückbehalten der Gegenleistung ein Teil des Schadensersatzes enthalten ist. ➸ Vgl. IDR. **1** Ziff. 8 zu § 326, **3** Ziff. 7 zu § 326. Red. ⟵

2. Beradt. Die Arbeit handelt von den Ansprüchen, die für Mieter und Vermieter aus der unberechtigten Sperrung der Wohnung durch polizeiliche Verfügung fließen (12), und zwar mit Beschränkung auf das preußische Rechtsgebiet (13). — Durch die polizeiliche Verfügung wird die Erfüllung des Mietvertrags unmöglich (13). Die durch die Verfügung geschaffene Zwangslage ist nicht ein Annahmehindernis in der Person des Mieters (14), auch liegt — im allgemeinen — kein Erfüllungshindernis vor (15). Die Unmöglichkeit ist eine nachträgliche; also finden §§ 323 ff. BGB., nicht §§ 306—308 Anwendung (17). — Die in der Literatur oft gemachte Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauernder Unmöglichkeit wird verworfen (19 ff.). Behält demnach die weitere Erfüllung des Vertrags für den Mieter Wert und wird die polizeiliche Verfügung innerhalb des Zeitraums zurückgezogen, wo der Wert der Vertragserfüllung für den Mieter vorhält, so bleiben die Unmöglichkeitslehren außer Anwendung. Ist aber die Fortsetzung der Vertragserfüllung für den Mieter wertlos, so läßt die Rücknahme der Verfügung nicht den alten Vertrag wieder aufleben (22). — Die dem Mieter zustehenden Ansprüche werden geschieden in solche vor und solche nach der Kündigung. Dem Mieter gibt schon die Entziehung der Wohnung Ansprüche gegen den Wirt. Es sind dies aber nicht die spezifisch mietrechtlichen Ansprüche aus §§ 535 ff. BGB. — Diese sind nur beim Vorliegen von Sach- oder Rechtsmängeln begründet; sondern es sind die allgemeinen aus der Miete als gegenseitigem Vertrag entspringenden Rechte aus §§ 323—325. Wenn die polizeiliche Verfügung die ganze Wohnung betrifft, so wird der Mieter mit der Räumung seiner Leistungspflicht völlig ledig. Er braucht überhaupt keinen Mietzins mehr zu entrichten. Wenn sich der polizeiliche Räumungsbefehl nur auf einzelne Teile der Wohnung erstreckt, so wird die Leistungspflicht entsprechend gemindert. Der Mieter ist befugt, den geschuldeten Zins verhältnismäßig zu kürzen (33, 34). Die Beweislast für die Unmöglichkeit der Leistung trifft den Mieter. — Ein weiterer Anspruch des Mieters folgt aus §§ 323, 281 BGB., danach kann der Mieter, wenn der Vermieter infolge der Ungerechtfertigkeit der Verfügung einen Schadensersatzanspruch gegen den Polizeibeamten erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen (40). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist im allgemeinen dem Mieter versagt (48 ff.); anders, wenn der Vermieter die Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung verschuldet hat. Der Mieter kann dem Wirte eine Frist mit der Aufforderung setzen, die Rücknahme der Verfügung zu erwirken, oder den in der Verfügung genannten Beschwerden abzuhelfen; hilft dann der Wirt nicht unverzüglich ab, so findet § 325 BGB. Anwendung. — Nachdem die Kündigung selbst in ihren Grundlagen, ihren Voraussetzungen und ihrer begrifflichen Natur besprochen ist, führt Verf. betreffs der Rechte des Mieters nach der Kündigung aus, daß dem Mieter ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht zustehe (vgl. u. zu § 542), wobei die heiß umstrittene Lehre von dem juristischen Wesen dieses Schadensersatzes aufgerollt wird. Der Verf. kommt zu folgenden Ergebnissen: Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung schließen sich aus. Was für den Rücktritt gilt, hat auch für die Kündigung Geltung. Auch wenn diese erklärt ist, ist das Verlangen des Schadensersatzes ausgeschlossen. Die Ausnahmen von diesem Satze, die sich finden, haben für Tatbestände, die wie der behandelte liegen, keine Bedeutung (82, 83). — Der Rest der Arbeit handelt von den Ansprüchen des Mieters und Vermieters gegen die Polizei.

3. *Gernsheim, Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Rechte (1906) — s. a. o. zu §§ 262 ff. Ziff. 2. Wenn der Gläubiger, statt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, vom Vertrage zurücktreten oder geltend machen kann, daß der Anspruch auf die Gegenleistung erloschen sei (§§ 323, 325 Abs. 1 Satz 1 und 3, ähnlich auch §§ 325 Abs. 2, 326), so liegen hier keine Fälle der Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) vor.

4. **RG.** R. **06** 115 Ziff. 151. A. und B. haben über den Abschluß eines Pachtvertrags verhandelt, sind auch über das Zustandekommen „eines" Pachtvertrags einig, streiten aber noch vor der Vertragserfüllung über den Inhalt ihrer Vereinbarung. A. verweigert deswegen die Übergabe des Pachtgegenstandes, B. klagt gegen A. auf Schadensersatz wegen Erfüllungsverweigerung. In diesem Prozesse genügt es zur Begründung des Schadensersatzanspruchs nicht, daß die Parteien über das Zustandekommen „eines" Pachtvertrags einig sind. Der Streit über die einzelnen Vertragsbedingungen muß geklärt werden.

§ 320. 1. **a)** *H. Lehmann, Unterlassungspflicht 308 ff., erörtert, ob und wann der Unterlassungsschuldner auf Grund des § 320 seiner Unterlassungspflicht zuwiderhandeln kann. **b)** Jörg, BayRpflZ. **06** 336, ist der Ansicht, daß der Arbeitgeber dem Arbeiter, der nach teilweiser Leistung plötzlich die Arbeit einstellt, die Gegenleistung insoweit verweigern könne, als die Verweigerung nicht nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

2. **RG.** JW. **06** 333 Ziff. 3. Bei gegenseitigen Verträgen regelt § 320 das Zurückbehaltungsrecht an Stelle des § 273.

3. **RG.** JW. **06** 333 Ziff. 8. Die Anwendung des § 320 wird nicht durch die für Miet- und Pachtverträge geltenden besonderen Vorschriften in den §§ 537 ff. ausgeschlossen. Der Mieter kann daher seinen Anspruch auf Erfüllung unter anderem auch gemäß § 320 zur Geltung bringen.

4. **RG.** DJZ. **06** 428, **RG. 61** 336. Wollte man annehmen, daß Miet- und Pachtzinsen zu den wiederkehrenden Leistungen im Sinne von § 258 ZPO. gehörten, so würde dies zu einer wesentlichen Beschränkung des in den §§ 320, 322 BGB. enthaltenen Grundsatzes führen, wonach der aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern und der Klage eine hierauf gerichtete Einrede entgegensetzen kann.

5. OLG. **12** 80, R. **06** 297 Ziff. 661 (KG.). Ein Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, für den § 320 gilt. Eine Vorleistungspflicht des Werkmeisters besteht nicht, er kann seine Leistung zurückhalten, wenn und solange die ihm zukommende Bezahlung nicht erfolgt. Die Tatsache der Abtretung des Anspruchs auf Bezahlung ist für diese Berechtigung ohne Einfluß; denn es ist nach § 320 für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gleichgültig, ob die Gegenleistung an den Gegner oder an einen Dritten zu erfolgen hat.

6. SeuffBl. **06** 138, R. **06** 935 Nr. 2223 (Stuttgart). Hat ein Mäkler arglistig oder fahrlässig seinen Auftraggeber durch unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse des Käufers in Irrtum versetzt und zum Vertragsabschlusse bestimmt, so hat der Auftraggeber gegen den den Mäklerlohn einklagenden Mäkler die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. S. ferner u. zu §§ 652, 654.

7. HessRspr. **7** 72 (LG. Darmstadt). Da sämtliche Sukzessivlieferungen ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, so ist, wenn der Verkäufer mit der vorletzten Lieferung bereits zu einer Zeit in Verzug ist, wo der Käufer erst verpflichtet war, den Kaufpreis für die vorletzte Lieferung zu bezahlen, dieser Kaufpreis als Gegenleistung auch für die dem Verkäufer obliegende letzte Sukzessivlieferung anzusehen. Der Käufer kann also nach § 320 diesen Kaufpreis selbst dann

zurückbehalten, wenn die vorletzte Lieferung nur teilweise nicht bewirkt worden war, insoweit dies nicht nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstößt.

8. **RG.** JW. **06** 333 Ziff. 9, R. **06** 748 Ziff. 1762. Es muß streng an dem Grundsatze festgehalten werden, daß der Beklagte, der beim gegenseitigen Vertrage die Gegenleistung ablehnt, seinen Einreden eine derartige Gestalt gibt, daß auf Grund derselben eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann (**RG. 58** 173 ff.). Es ist unzulässig, daß eine Klage endgültig aus dem Grunde der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages seitens des Klägers abgewiesen wird.

9. **RG. 62** 54. Bei einem vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Vertrage kann die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nicht auf § 320, sondern nur auf die Bestimmungen des alten Rechtes gestützt werden.

§ 321. 1. *Springer, Kauf nach deutschem Rechte 46. Das Zurückbehaltungsrecht wegen verschlechterter Vermögenslage des Vertragsgegners wird man auch dann zubilligen müssen, wenn die schlechte Vermögenslage des einen Teiles schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestand, aber dem anderen Teile erst nach dem Vertragsschlusse bekannt wurde.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 309, erörtert, ob und wann der Unterlassungsschuldner auf Grund des § 321 seiner Pflicht zuwiderhandeln darf.

3. **RG.** SächsRpflA. **06** 33, R. **06** 856 Ziff. 2081. Der zur Vorleistung verpflichtete Verkäufer hat, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des Käufers eine wesentliche Verschlechterung eintritt, aus § 321 BGB. nur ein Recht zum Zurückbehalten der Ware, bis die Gegenleistung bewirkt oder für sie Sicherheit geleistet wird. Er kann daher nicht auf deren Abnahme gegen Zahlung oder Sicherstellung klagen. Die Abweisung mit dieser Klage steht einer späteren auf vertragsgemäße Erfüllung gerichteten Klage nicht entgegen. Jene Klage begründet auch keinen Schuldnerverzug des Verkäufers und rechtfertigt nicht einen Rücktritt des Käufers vom Vertrag. Ebenso **RG.** R. **06** 439 Ziff. 1045.

4. R. **06** 440 Ziff. 1046 (Breslau). Die wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, braucht nicht in einer Vermögensverringerung zu bestehen, sie kann füglich in der Nichtbeschaffung flüssiger Mittel für die Gegenleistung beruhen. Indessen die Tatsache von Klagen gegen den die Vorleistung fordernden Teil reicht allein für den Einwand des sie verweigernden Teiles nicht aus.

5. **RG.** R. **06** 1436 Ziff. 3414, LeipzZ. **07** 50 Nr. 8. Hat der in schlechte Vermögensverhältnisse geratene Vertragsteil dem Gegner davon Mitteilung gemacht und dieser die Leistung deshalb verweigert, so fällt dieses Weigerungsrecht nicht mit objektiver Besserung der Vermögenslage hinweg. Es muß vielmehr dem einmal Weigerungsberechtigten durch die Gegenseite von Wiederherstellung einer günstigen Vermögenslage sichere Kenntnis gegeben werden.

6. HansGZ. **06** 181, BankA. **6** 14, R. **06** 1373 Ziff. 3270 (Hamburg). Bei einem auf Widerruf gewährten sog. „revolving credit" erlangt der Kreditnehmer unter regelmäßigen Umständen mit rechtzeitiger Deckung der laufenden Tratte gegen den Kreditgeber einen unentziehbaren Anspruch auf Akzeptierung einer neuen Tratte, der nur dann wegfällt, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers seit Abschluß des Krediteröffnungsvertrags wesentlich verschlechtert haben.

§ 322. Vgl. o. zu § 320 Ziff. 4 u. 6.

Zu §§ 323 ff. *Alex. Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrage (Bonner Diss. 1906) führt aus, daß die Grenze der Gefahrtragung für

die Unmöglichkeit der Leistung nicht absolut und nach objektiven Merkmalen, sondern relativ und nach subjektiven, auf dem Vertrage beruhenden Erwägungen zu bestimmen sei. Demzufolge sei die Anwendbarkeit der §§ 323 ff. durch andere Regeln allgemeiner Natur bedingt. Eine Vertretungspflicht des Gläubigers gemäß § 324 Abs. 1 liegt oft auch dann vor, wenn er nicht das historische Ereignis, das die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, den „Umstand“ des § 324, zu vertreten hat (27 ff.). Die Frage, ob Annahmeverzug vorliegt, und ob demnach die Gefahr gemäß § 324 Abs. 2 auf den Gläubiger übergeht, ist oft nur nach dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis zu beantworten (29 f., 37 ff.). Vgl. o. zu § 293 Ziff. 1 und § 297. Auch wenn weder Vertretungspflicht des Gläubigers gemäß § 324 Abs. 1 noch Annahmeverzug gegeben ist, kann dennoch eine Gefahrtragung für den Gläubiger begründet sein, soweit der Gläubiger durch den Vertrag die Gefahr dem Schuldner gegenüber übernommen hat (47 ff.). Diese Regeln sind von besonderer Wichtigkeit für die Gefahrtragung beim Werkvertrag. Vgl. u. zu § 644.

§ 323. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 202 ff., 245 ff., handelt vom Begriff der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung und der Unterlassung. Vgl. a. o. zu § 275 Ziff. 4.

2. **RG.** JW. **06** 55 Ziff. 7, ElsLothJZ. **06** 338. Wird dem einen Vertragsteil die Erfüllung seiner Verbindlichkeit infolge obrigkeitlicher Anordnung unmöglich, so hat er diesen Umstand selbst dann nicht zu vertreten, wenn er die Behörde seinerseits zum Vorgehen angeregt hatte. Auch dann ist das Verhalten der Behörde das ursachgebende.

3. **RG. 63** 423, JW. **06** 545 Ziff. 11, ZBlFG. **7** 299. Hat jemand einem anderen eine Briefhypothek zum Teil abgetreten, ohne ihm jedoch — infolge entschuldbarer Rechtsunkenntnis — den Teilhypothekenbrief auszuhändigen, und fällt dann die Forderung bei der Zwangsversteigerung aus, so ist dem Abtretenden damit die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich geworden, und der andere kann das von ihm als Gegenwert Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

4. **RG. 62** 228. Durch die besondere Bestimmung des § 542 BGB. wird die Anwendung des § 323 nicht ausgeschlossen.

5. DJZ. **06** 659 (Stuttgart). Soweit das BGB. über die Tragung der Gefahr besondere Bestimmungen getroffen hat (Kauf), ist § 323 nicht anwendbar.

6. KfmGewG. **11** 264 (GG. Mainz). Ein Arbeiter hat auf Lohnzahlung für Feiertage, an denen seine Beschäftigung gesetzlich untersagt ist, auch dann keinen Anspruch, wenn er Wochenlohn bezieht.

7. KfmGewG. **11** 352 (GG. Luckenwalde). § 323 findet auf den Dienstvertrag nur dann Anwendung, wenn der Dienstverpflichtete zur Dienstleistung, nicht aber, wenn der Dienstberechtigte zur Annahme ohne Verschulden außerstande ist. S. auch u. § 615 Ziff. 1.

§ 324. 1. **RG. 63** 69. Ist ein Agenturverhältnis infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn gemäß § 23 Abs. 2 KO. erloschen, so ist die Konkurseröffnung nicht als ein vom Gemeinschuldner zu vertretender Umstand, der die Leistungen aus dem Agenturvertrage unmöglich macht, anzusehen.

2. Vgl. o. Ziff. 2 zu § 323.

Zu §§ 325 ff. Literatur: Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen, LeipzZ. **07** 9 ff. — J. Jacobi, Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage, GruchotsBeitr. **50** 230 ff. — Könige, Ist das Verlangen sofortiger Vertragserfüllung als Setzung einer Nachfrist im Sinne des § 326 BGB. anzuerkennen? LeipzZ. **07** 48, 49. — M. Lesser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. Breslauer Diss. 1906. — Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag, GruchotsBeitr. **50** 508 ff. — Pl., Vertragsannullierung

wegen verspäteter Lieferung, Gesetz und Recht 7 363. — Staffel, Gefährdung des Vertragszwecks bei gegenseitigen Verträgen, SächsRpflA. **06** 505 ff.

1. Pl., GuR. **7** 363, gibt ein kurzes Resumee über § 326 und die wichtigsten Entscheidungen dazu. — Könige, LeipzZ. **07** 48 f., bejaht die vom ihm gestellte Frage insofern, als er auch in dem Falle, daß die Leistung vom Fristsetzenden nicht sofort verlangt werden durfte, das Verlangen sofortiger Erfüllung nicht für wirkungslos hält, sondern von da ab eine angemessene Nachfrist laufen läßt.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 279 ff., in Erweiterung und Ergänzung seines Artikels in ACivPr. **96** 60 ff., JDR. **3** Ziff. 4b zu § 326, begrenzt zunächst das Problem dahin, daß es sich um Zuwiderhandlungen gegen sekundäre Unterlassungspflichten handeln und daß die Zuwiderhandlung die Möglichkeit der Leistung offen lassen müsse, widrigenfalls § 325 direkt anwendbar sei. In Ansehung des Sukzessivlieferungsgeschäfts sind die §§ 325, 326 soweit nicht unmittelbar, doch analog anwendbar, weil die Bewirkung einer fehlerhaften Leistung eine verzugsähnliche Rechtslage in Ansehung der ausstehenden Posten begründet. Vernichtet die Falschleistung das Interesse an künftiger Vertragserfüllung schlechthin, so ist eine Vereitelung des Vertragszweckes vorhanden, ganz wie im Falle der Unmöglichkeit oder im Falle des § 326 Abs. 2. Deshalb ist sofortiger Rücktritt zulässig. Begründet die Falschleistung nur die Besorgnis, daß die künftigen Leistungen gleichfalls vertragswidrig ausfallen werden, ohne das Interesse an der Vertragserfüllung zu vernichten, so ist eine Gefährdung des Vertragszwecks vorhanden, ganz wie im Normalfall des Verzugs, es ist also die im § 326 Abs. 1 charakterisierte Situation verwirklicht. Hier muß der vertragstreue Teil — wenn nicht eine Frist setzen — so doch den Schuldner auffordern, die künftig fällig werdenden Leistungen vertragsgemäß zu bewirken und Ablehnung der Leistung bei Fortsetzung der Falschleistung androhen. — Die trotz und nach einer Aufforderung zu ordnungsmäßiger Leistung fortgesetzte Bewirkung fehlerhafter Leistungen wächst sich dadurch zur Vereitelung des Vertragszwecks, zur wesentlichen Pflichtverletzung aus. — Der Rücktritt erstreckt sich zunächst nur auf die noch ausstehenden Lieferungen, hat also die Wirkung der Kündigung. Indessen wird, wenigstens theoretisch, auch ein Totalrücktrittsrecht anzuerkennen sein, falls infolge der Vertragsverletzung am Behalten der bisherigen Lieferungen kein Interesse mehr besteht. — Unter Verwerfung der Ansicht Müller-Erzbachs (JDR. **3** Ziff. 4c zu § 326) wird die Rechtsnatur der Kündigung besprochen. Das Kündigungsrecht wegen Gefährdung oder Vereitelung des Vertragszwecks ist nur ein besonders ausgestalteter Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts, bei dem die Auflösung des Schuldverhältnisses nicht von dessen Beginn an, sondern von einem späteren Zeitpunkt an erfolgt. Die §§ 325, 326 beweisen, daß der Rücktritt keineswegs notwendig den ganzen Vertrag aufhebt, sondern sich auch auf einen Teil der Verpflichtungen bzw. Leistungen beschränken kann. Insbesondere ist auch schon nach §§ 325, 326 ein Rücktritt möglich, der sich auf die Vertragspflichten beschränkt, die sich während eines Teiles der Vertragsdauer, z. B. für die Zukunft ergeben. Im Hinblick darauf ist die Gewährung des Kündigungsrechts in den §§ 542, 544, 553, 554, 626, 723 Abs. 1 Satz 2 als eine besondere Ausgestaltung des Rücktrittsrechts aufzufassen. Die Analogie zum Kündigungsrecht versagt ganz, wenn der Schuldner bei der auf einmalige Leistung gerichteten Obligation vor aller Erfüllung sich vom Vertrag lossagt.

3. *Müller, GruchotsBeitr. **50** 508 ff., führt im Anschlusse an RG. aus: Für die Wirkungen des Schuldnerverzugs mit einer Rate gelten beim Sukzessivlieferungsvertrag folgende Sätze: a) Schuldnerverzug mit einer Rate begründet bezüglich dieser Rate die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2. b) Schuldnerverzug mit einer Rate begründet die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2

schlechthin, auch in bezug auf die übrigen noch nicht geleisteten Raten. Ein besonderer Nachweis, daß der nicht säumige Teil an Leistung der noch nicht fälligen Raten kein Interesse mehr habe, ist nicht nötig. Dazu führt die Auslegung des Satz 3 von § 326 Abs. 1. Ein solches Ergebnis verlangt auch das Verkehrsinteresse. c) Schuldnerverzug mit einer Rate begründet, wenn der Vertrag durch Leistung und Gegenleistung bezüglich einer oder mehrerer Raten bereits erfüllt ist, für den ganzen Vertrag, also auch für die bereits geleisteten Raten, die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2, wenn die geschehene teilweise Erfüllung für den nichtsäumigen Teil kein Interesse mehr hat. Für diesen Fall ist Satz 3 von § 326 Abs. 1 anzuwenden.

4. *M. Lesser führt aus: Das Recht, wegen positiver Vertragsverletzungen vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ist in folgender Weise begründet und unter folgenden Voraussetzungen gegeben: Bei gegenseitigen Verträgen sind im Falle der von einem Teile verschuldeten Unmöglichkeit und seines Verzuges dem vertragstreuen Teile neben dem Rechte, Schadensersatz aus § 280 bzw. § 286 zu verlangen, auch die Rechte gegeben, vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, und zwar dann, wenn der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt ist. Liegt verschuldete Unmöglichkeit vor oder Verzug mit der Folge, daß die Vertragserfüllung für den anderen Teil kein Interesse hat, so ist der Vertragszweck vereitelt; liegt Verzug vor, hat ferner der vertragstreue Teil dem anderen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne und ist die Frist abgelaufen, so ist hierdurch (nicht schon durch den Verzug an sich) der Vertragszweck gefährdet. Entsprechend dem Umstande, daß ein nirgends ausgesprochener, aber doch das ganze Gesetz beherrschender Rechtsgrundsatz des Inhalts besteht, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung in der Verpflichtung zum Schadensersatze besteht, ist für gegenseitige Verträge aus den Einzelregelungen der §§ 325, 326 folgender Rechtsgrundsatz zu entnehmen: wenn der eine Teil derart schuldhaft seine Pflicht verletzt, daß der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt ist, so kann der andere Teil vom Vertrage zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Androhung des Rücktritts, Setzung und Ablauf einer Nachfrist können nur den Beweis der Gefährdung des Vertragszwecks erleichtern; kraft Gesetzes kann im Falle des Verzuges dieser Beweis nur durch jene Mittel geführt werden. Die Rechte jenes Rechtsgrundsatzes stehen insoweit zu, als der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt ist. Hieraus folgt für Sukzessivlieferungsverträge, daß das Recht, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, je nach den Umständen für eine gewisse Anzahl Lieferungen oder für sämtliche ausgeübt werden kann. — Die ernstliche Erklärung, überhaupt nicht oder nicht vertragsmäßig erfüllen zu wollen, ist eine besondere Art der Vertragsverletzung neben verschuldeter Unmöglichkeit, Verzug und positiver Vertragsverletzung. Sie gefährdet den Vertragszweck. Sie berechtigt daher bei gegenseitigen Verträgen nach dem oben entwickelten Rechtsgrundsatz den vertragstreuen Teil, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. S. auch o. zu § 275 Ziff. 2.

5. *Siber, IheringsJ. **50** 208 ff. Ist bei Verträgen auf fortgesetzte Lieferung eine Zeitlang mangelhaft geliefert worden, so ist Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Lieferung für die Vergangenheit und damit Teilunmöglichkeit eingetreten, daher ein Rücktritt gemäß § 325 Satz 2 zulässig, ohne daß es zur Rechtfertigung des Gesichtspunktes der „positiven Vertragsverletzung“ bedarf. — Ist der Gläubiger infolge einer Weigerung des Schuldners, künftig zu erfüllen,

in der Ungewißheit, ob er auf Erfüllung rechnen darf, so läßt sich auf Grund des in der Weigerung liegenden Verstoßes gegen eine indirekte Pflicht des Schuldners, die vertragsmäßige Sicherheit des Gläubigers nicht zu vermindern, ein Rücktrittsrecht entsprechend § 325 Satz 2 begründen, nicht — gegen **RG. 54** 98 ff. — ein solches entsprechend § 326; auch nicht ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, der nur wegen Vereitelung oder Verzögerung, nicht schon wegen Gefährdung der Erfüllung zu rechtfertigen ist. — Wegen des Rücktrittsrechts des Gläubigers wegen zeitweiliger Unmöglichkeit der Erfüllung s. o. zu § 280.

6. Staffel, SächsRpflA. **06** 505 ff., polemisiert gegen Staubs Behauptung, daß dem § 326 Abs. 1 Satz 2 der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde liege, daß sich der Gläubiger eine Gefährdung des Vertragszwecks nicht gefallen zu lassen brauche. Im Sinne Staubs sei Gefährdung des Vertragszwecks gleichbedeutend mit Gefährdung der Gläubigerinteressen. Hätte Staub recht, so wäre nicht zu verstehen, warum die Gefährdung durch mangelhafte Erfüllung nicht derjenigen durch Verzögerung der Erfüllung gleichgestellt ist, was Staub selbst ablehnt. Auch müßten Staubs Anhänger annehmen, daß beim gegenseitigen Vertrage der Gläubiger in jedem Vertragsstadium das Recht auf ein solches Verhalten des Schuldners habe, bei dem er auf sichere Erfüllung rechnen kann. Ein solches Recht läßt sich aber weder aus dem Gesetze, noch sonstwie begründen. — Die praktisch ansprechenden Ergebnisse der Staubschen Lehre seien auch auf anderem Wege zu erhalten. Zunächst bei echten Unterlassungspflichten. Durch ein Zuwiderhandeln dagegen werde ihre Erfüllung unmöglich, daher sei § 325 anwendbar. Was die Sukzessivlieferungsgeschäfte anlange, so habe schon Lehmann im ACivPrax. **96** 90 ff. nachgewiesen, daß die Analogie aus § 326 vielfach entbehrlich sei. Gegen Lehmann nimmt Staffel an, daß, wenn der Gläubiger die mangelhafte Rate nicht beanstandet hat, er die Vertragswidrigkeit nicht als Unterlage für die Lösung des Vertrags bezüglich der noch ausstehenden Raten benutzen kann. — Bei der vorzeitigen Erfüllungsweigerung des Schuldners (**RG. 51** 349) reiche wohl der vom RG. hervorgehobene Gesichtspunkt des Verzichts des Schuldners auf Mahnung und Fristsetzung nicht aus; aber wer die Erfüllung verweigere, müsse sich nach Treu und Glauben als ein Nichterfüllender behandeln lassen.

7. Gegen die Praxis des RG. wendet sich auch *Jacobi, GruchotsBeitr. **50** 230 ff. Er führt aus, daß pars pro toto nach §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch beim Sukzessivlieferungsvertrage nur unter der so oft im BGB. ausgesprochenen Beschränkung gilt, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat. Er stellt danach fest: Verzug mit einer Rate begründet: a) prinzipiell nur bezüglich dieser einen Rate Verzugsfolgen, d. h. der Gläubiger darf zunächst nur Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder nach erfolgloser bzw. gemäß § 326 Abs. 2 BGB. sich erübrigender Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt lediglich bezüglich dieser einen Rate geltend machen; b) bezüglich der weiteren Raten aber, sei es der bereits empfangenen, sei es der noch zu leistenden, bisher aber nicht fällig gewordenen Raten nur dann und insoweit, wenn und insoweit der Gläubiger hieran kein Interesse mehr hat. — In weiterer Ausführung dieses Gedankens gelangt Jacobi dann für die Lehre von den Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen zu folgender Formulierung des von Staub geprägten und vom **RG. 54** 98 anerkannten Rechtsgrundsatzes: Jede schuldhafte oder aus einem anderen Grunde zu vertretende Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags berechtigt den anderen Teil zum Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags oder zum Rücktritte vom ganzen Vertrage

nur dann, wenn und insoweit der andere Teil infolge dieser Nichterfüllung an der übrigen Erfüllung kein Interesse hat. — Auf § 17 KO. erachtet Jacobi (Note 22) die gewonnenen Resultate nicht für anwendbar, da hier der Grundsatz des § 320 BGB. zur Anwendung komme, d. h. der andere Teil seine Leistung insoweit zurückhalten dürfe, als der Konkursverwalter die ihm bzw. dem Gemeinschuldner obliegende Leistung zurückhält, und es sich danach, wenn ein Sukzessivlieferungsgeschäft in Betracht komme, lediglich darum handle, ob das Sukzessivlieferungsgeschäft nur aus einzelnen, wirtschaftlich voneinander vollkommen unabhängigen Ratenleistungen besteht oder ob es eine einheitlich zu erfüllende Verbindlichkeit begründet. Jacobi nimmt das letztere an. (Vgl. **RG.** 39 57, **RG.** JW. **06** 104, 105.)

8. Hachenburg, LeipzZ. **07** 9 ff., führt nach einem Resumee über den jetzigen Stand der Sache aus: Es ist vom Verzug auszugehen. Bei dem Sukzessivlieferungsgeschäfte bedeutet der Verzug mit einer Rate nie den Verzug bezüglich der noch nicht fälligen Raten. Im § 326 Abs. 1 sind Wirkungen des Verzugs behandelt; diese können nur bei Vorliegen des Verzugs eintreten. Also kann auch durch den Verzug mit einer Rate nicht die Folge des Verzugs für alle Raten eintreten. Es ist also nicht die „Teilbarkeit“, wohl aber die von den Parteien selbst vorgenommene Teilung der entscheidende Ausgangspunkt. Diese Sätze könnte natürlich der Gesetzgeber durch positive Anordnung, wenn auch nicht notwendig mit direkten Worten, umstoßen. Bezeichnenderweise wird ein Versuch, die Ausnahme aus dem Gesetze nachzuweisen, nicht gemacht. Die gebräuchlichen beiden Argumente für die Ansicht des RG. — Herauswachsen des § 326 Abs. 1 aus Artt. 354, 355, 359 AGHGB. und Verkehrsbedürfnis — werden als unschlüssig bekämpft. Es wird als ein wertvoller Fortschritt in der Rechtsentwickelung, als ein Vorzug der Regelung des BGB. begrüßt, daß es den maßgebenden Fingerzeig gebe, der Gestaltung des einzelnen Falles Rechnung zu tragen. Ob aus BGB. die allgemeine Regel folgt: pars pro toto gilt nur dann, wenn die Interessen des Gläubigers es erfordern, kann dahingestellt bleiben; aus §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 ergibt sich, daß eine durch ein Verschulden des Verpflichteten auf einen Teil reduzierte Leistung nur dann die Folge dieser Tatsache auf den ganzen Vertrag auszudehnen gestattet, wenn der Gläubiger kein Interesse an der übrig gebliebenen Leistung hat. So ergibt sich der Satz: Wird bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft eine Rate nicht geleistet, so ist der andere Teil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, wenn die Erfüllung der künftig fällig werdenden Raten für ihn kein Interesse hat.

9. Kohler, Abonnieren und Subskribieren, R. **06** 780 ff., enthält verschiedene Betrachtungen über §§ 325 ff. Bemerkenswert 784: Der Abonnent einer Zeitschrift, die in 24 Nummern erscheinen soll, hat, wenn aus irgendwelchen Gründen einmal eine Nummer ausfällt, das Recht, nach § 326 vom Vertrage zurückzutreten, also auch nach §§ 327, 346 das gezahlte Bezugsgeld Zug um Zug gegen Rückgabe der gelieferten Nummern zurückzufordern.

10. **a)** **RG.** JW. **06** 300 Ziff. 3, R. **06** 440 Ziff. 1046, PucheltsZ. **06** 372. Unter dem Ausdrucke „Gefährdung des Vertragszwecks“ ist bei positiven Vertragsverletzungen nichts anderes als eine Vertragsverletzung zu verstehen, die sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrags und die besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teile die Fortsetzung des Vertrags bei billiger, loyaler Beurteilung nach den Umständen des Falles nicht zugemutet werden kann. Beim Sukzessivlieferungsvertrage, der auf längere Zeit abgeschlossen ist, kann unter Umständen schon die einmalige

Vertragsverletzung, selbst wenn sie, an und für sich betrachtet, von keinem erheblichen wirtschaftlichen Nachteil ist, doch die Wirkung haben, daß das Vertrauen des einen Teiles auf die Vertragstreue des anderen Teiles und damit die Grundlage des ganzen Vertrags erschüttert wird. **b)** **RG.** JW. **06** 300 Ziff. 3. Wenn ein Schuldner im friedlichen Geschäftsverkehr auf Rücksicht und Nachsicht des Gegenkontrahenten rechnen kann, so ist dies bei gespannten Beziehungen nicht der Fall und er muß sich seinerseits eine um so genauere Erfüllung seiner Vertragspflichten dann angelegen sein lassen, wenn die Differenzen darauf zurückzuführen sind, daß der Gegner ihm anderweite Vertragsverletzungen vorwirft. Gerade solche Differenzen wegen anderweiter Vertragsverletzungen können dem Gegenkontrahenten berechtigten Anlaß geben, von seinen Vertragsrechten strenger als sonst Gebrauch zu machen. Wer unter solchen Verhältnissen nicht pünktlich zahlt, tut dies auf eigene Gefahr. **c)** **RG.** R. **06** 292 Ziff. 610, HoldheimsMSchr. **06** 75. Die Wahl des Rücktritts von dem Vertrage schließt den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie die Ausübung der im § 323 bestimmten Rechte aus und begründet gemäß § 327 die in den §§ 346 ff. bestimmten Rechte auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Diese Rechte gehen, wie aus § 327 klar erhellt, in dem Falle des § 325 Abs. 1, indem die Leistung des einen Vertragsteils infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, namentlich durch ihre Unabhängigkeit von dem Fortbestehen einer Bereicherung des anderen Teiles, weiter als der Anspruch auf die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, auf den das Recht des Zurücktretenden nur für den Fall beschränkt ist, daß der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der andere Teil nicht zu vertreten hat. **d)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 109, R. **06** 1002 Ziff. 2348. Der Anspruch des Klägers auf Vergütung des Unterschieds zwischen dem Auslandspreise, zu dem die Ware unter der Abrede des Exports an den Beklagten veräußert worden war, und dem höheren Inlandspreise, wenn der Beklagte sie im Inlande veräußert hat, ist kein Bereicherungs-, sondern ein Schadensersatzanspruch. **e)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 335. Wer, um seine Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrage erfüllen zu können, auf die Mitwirkung eines Dritten angewiesen ist, handelt auf eigene Gefahr, wenn er sich unbedingt zur vertragsmäßigen Leistung verpflichtet.

§ 325. 1. **RG.** R. **06** 503 Ziff. 1158. Im Falle der Verschmelzung zweier Brauereien, bei der die charakteristische Firma der einen nicht übernommen wird, ist die Annahme einer so erheblichen Änderung in den Verhältnissen zu den Bierabnehmern gerechtfertigt, daß derjenige, der mit derselben einen Bierlieferungsvertrag abgeschlossen hat, je nach den Umständen des Falles gemäß § 325 zum Rücktritte von diesem Vertrage berechtigt ist.

2. **RG. 63** 66, JW. **06** 302 Ziff. 6, DJZ. **06** 654. Der Mieter, der infolge von Kündigung durch den Ersteher gemäß § 57 ZVG. vorzeitig die Mieträume verlassen muß, kann nach § 325 vom Vermieter Schadensersatz verlangen, es sei denn, daß dieser nachweist (§ 282), daß er die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nicht zu vertreten habe.

3. SächsRpflA. **06** 433 (Dresden). Die Vereinbarung der Beförderung eines Reisenden im Automobil bis zu einem bestimmten Orte ist Werkvertrag; muß die Beförderung vorzeitig aufgegeben werden, weil die Maschine infolge zu schnellen Fahrens, wozu der Reisende zugeredet hat, überanstrengt ist, so ist der Automobilführer schadensersatzpflichtig. S. auch u. zu § 631.

4. MecklZ. **24** 331 (LG. Güstrow). Wird eine Kuh als trächtige verkauft, aber erst nach der Geburt und dem vom Verkäufer verschuldeten Tode des Kalbes dem Käufer übergeben, so betrifft die dadurch eingetretene Unmöglichkeit der Er-

füllung nur einen unbedeutenden Teil des Kaufgegenstandes; die Voraussetzungen im § 325 Abs. 1 Satz 2 sind hier nicht gegeben.

5. Über Zulassung des Teilrücktritts und Umfang des Rücktrittsrechts, insbesondere auch bei negativen Obligationen, vgl. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 260 ff.

§ 326. 1. Verzug u. dgl. **a)** **RG. 61** 87. Wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil wegen Leistungsverzugs des anderen Teiles nach § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so ist die damit verbundene Rechtsfolge, daß der nichtsäumige Teil seinerseits zur Erfüllung nicht mehr verpflichtet ist, nicht dadurch bedingt, daß derselbe den Schadensersatzanspruch weiter verfolgt. Die ursprüngliche Verpflichtung dieses Teiles könnte nur durch eine neue, ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung wiederhergestellt werden. **b)** **RG. R. 06** 504 Ziff. 1159. Wenn der eine Vertragsteil vorzuleisten hat, so ist die im Falle seines Verzugs vom anderen Teile vorgenommene Fristbestimmung im allgemeinen nicht schon deshalb rechtsunwirksam, weil der andere Teil damals selbst noch nicht zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung imstande war.

2. Abnahmeverzug. **RG. DJZ. 05** 1062. Der bloße Abnahmeverzug des Käufers gibt dem Verkäufer nicht die Rechte aus § 326. Tritt aber Zahlungsverzug oder ernstliche Zahlungsverweigerung seitens des Käufers hinzu, so stehen dem Verkäufer diese Rechte zu.

3. Sukzessivlieferungsgeschäfte. **a)** **RG. JW. 06** 300 Ziff. 3. Längerfristige Sukzessivlieferungsverträge setzen in höherem Maße das Vertrauen auf treue Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten voraus, als dies bei Verträgen der Fall ist, die in einmaligen Leistungen sich erschöpfen. Bei Verträgen der ersteren Art kann unter Umständen schon die einmalige Vertragsverletzung, selbst wenn sie an und für sich betrachtet von keinem erheblichen wirtschaftlichen Nachteil ist, doch die Wirkung haben, daß das Vertrauen des einen Teiles auf die Vertragstreue des anderen Teiles und damit die Grundlage des ganzen Vertrags erschüttert wird. **b)** SchlHolstAnz. **06** 261 (Kiel). Sind nur zwei Lieferungen vereinbart, so berechtigt die Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung den Empfänger nicht zum einseitigen Rücktritt vom Vertrage. **c)** **RG. R. 06** 1193 Ziff. 2819. Die Grundsätze über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen fortgesetzter mangelhafter Lieferung bei dem Sukzessivlieferungsgeschäfte (**RG. 57** 106, 114 ff.) können nur Anwendung finden, wenn es sich um ein einheitliches Geschäft mit vereinbarter ratenweiser Lieferung handelt, nicht aber auch dann, wenn verschiedene selbständige Lieferungsverträge zwischen denselben Parteien über dieselbe Gattung von Waren in Frage stehen. — HansGZ. **06** 239 (Hamburg). Ein Vorvertrag, der die Parteien verpflichtet, einen bestimmten Artikel nur unter sich zu handeln, ist kein Sukzessivlieferungsvertrag. **d)** **RG. 63** 297, **JW. 06** 420 Ziff. 3. In der Regel und von besonderen Umständen abgesehen, gebieten bei einem langfristigen Bierabnahmevertrage Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß ein Wirt nicht wegen jeder, selbst unerheblichen Lieferung vertragswidrigen Bieres sofort und ohne vorherige Beanstandung vom ganzen Vertrage zurücktreten, sondern hierzu erst dann übergehen darf, wenn trotz Beschwerde die Bierlieferung von nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit in einer Weise fortgesetzt wird, daß er an der weiteren Lieferung in solcher Art kein Interesse hat und die Fortsetzung des Vertrags bei billiger loyaler Beurteilung nach den Umständen des Falles ihm nicht zugemutet werden kann. Ähnlich HessRspr. **7** 37 (LG. Darmstadt).

4. Positive Vertragsverletzungen. **a)** **RG.** 24. 3. 06, **63** 100, **JW. 06** 334 Ziff. 10, **R. 06** 615 Ziff. 1439. Der Gesichtspunkt der sog. positiven Vertragsverletzung ist nur bei dauernden Vertragsverhältnissen, insbesondere im

Handelsverkehre zur Anwendung zu bringen und nicht zu verallgemeinern, insbesondere nicht für die Fälle von Grundstücksverkäufen. Auch der 2. Senat hat seine Auffassung nur mit der Einschränkung vertreten, daß es von den tatsächlichen Verhältnissen und den jedesmaligen Umständen des Einzelfalls abhänge, wie sich die analoge Anwendung der §§ 325, 326 bei den positiven Verletzungen der einzelnen Verträge gestalte. Anscheinend abweichend **b)** R. **06** 1256 Ziff. 2997 (Frankfurt). § 326 BGB. stellt nicht eine singuläre Vorschrift für den Fall des Verzugs auf, vielmehr sind die Rechte aus § 326 stets dann gegeben, wenn durch positive Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. **c)** R. **06** 1318 Ziff. 3197 (Breslau). Ein Hinziehen der Lieferung von Brennereikartoffeln durch unwahre Angaben des Verkäufers berechtigt den Käufer schließlich, sich vor Ablauf seiner Brennzeit anderweit die Kartoffeln zu verschaffen und ohne weiteres von dem durch § 326 gegen den säumigen Verkäufer gegebenen Rechte Gebrauch zu machen. Das absichtliche Hinhalten beeinträchtigt die Vertragstreue und steht mindestens der Weigerung gleich. **d)** SeuffBl. **06** 133 (Bamberg). Der Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung kann dann nicht in Frage kommen, wenn der verletzte Teil trotz Kenntnis von dem Vertragsbruche gleichwohl die noch ausständige Restlieferung zugesagt und später sogar den vertragsbrüchigen Teil zu deren Abnahme aufgefordert hat. **e)** S. ferner o. § 276 Ziff. 3 b.

5. Fristsetzung. **a)** **RG. 62** 66 ff., JW. **06** 14 Ziff. 11, R. **06** 241 Ziff. 434. Die bekannte Ansicht des RG., daß die Setzung einer zu kurz bemessenen Frist die angemessene Nachfrist in Lauf setze, wird eingehend verteidigt. — Wegen unberechtigten Verlangens sofortiger Leistung vgl. o. Ziff. 1 zu §§ 325 ff. **b)** R. **06** 241 Ziff. 435 (Braunschweig). Wird die Leistung bestimmt und ernstlich verweigert, so bedarf es einer Fristbestimmung nicht. Zur Leistungsverweigerung reicht es hin, wenn der Schuldner erklärt, er werde nicht leisten. Ob er dies deshalb tut, weil er nicht leisten will oder weil er glaubt, nicht leisten zu können, macht keinen Unterschied; hier wie sonst hat das Motiv der Erklärung für das Recht keine Erheblichkeit.

6. Schadensersatzanspruch. **a)** **RG.** R. **06** 113 Ziff. 153, DJZ. **06** 81. Im Falle des § 326 besteht die Schadensersatzforderung in einer Geldforderung, nicht in einem Anspruch auf Naturalherstellung; der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 326 ist aber nur dispositiv. **b)** **RG. 61** 279. Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den in Verzug befindlichen Käufer ist auch bei Handelskäufen nicht mehr, wie früher, durch den in den Formen der öffentlichen Versteigerung vorzunehmenden, für Rechnung des Verkäufers gehenden Selbsthilfeverkauf bedingt. Zu solchem Verkauf ist der Verkäufer zwar noch berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet, er kann vielmehr den ihm durch den Verzug des Käufers entstandenen Schaden in jeder anderen Weise berechnen und nachweisen; insbesondere darf er die nicht abgenommene Ware freihändig verkaufen. Ein solcher Verkauf geht dann zwar nicht für Rechnung des Käufers; trotzdem kann er aber der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden, sofern der Verkäufer dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfahren ist, insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und das Interesse auch des säumigen Käufers nicht außer Augen gelassen hat. Ebenso HessRspr. **7** 50 (LG. Gießen). **c)** OLG. **12** 44, R. **06** 241 Ziff. 433 (Hamburg). Der Verkauf der Ware ist unter Umständen das geeignete Mittel, den vertragstreuen Teil von der Ware zu befreien und zugleich die Höhe seines aus der Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schadens festzustellen. Es kann der Weg der öffentlichen Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs zum Börsen- oder Marktpreise gewählt werden. **d)** R. **06** 293 Ziff. 612 (Posen). Zehrgelder, Reise- und Aufwandskosten gehören nicht zu den den geschuldeten

Gegenstand betreffenden Aufwendungen (§ 304), sondern zu dem durch Nichterfüllung des Vertrags erwachsenen Schaden. **c)** RheinARV. **24** 13 (Cöln). Bei der Feststellung des Interesses des Gläubigers nach §§ 325, 326 kommt es nicht auf die Leistung des Schuldners allein an, sondern im gewollten Gegensatze zu § 286 auf die Leistung gegen Empfang der Gegenleistung. **f)** RG. SächsRpflA. **06** 33. Eine Klage kann nicht gleichzeitig darauf gegründet werden, daß der geforderte Betrag als Kaufpreis und als Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 geschuldet sei. **g)** RG. HoldheimsMSchr. **06** 278, R. **06** 1375 Ziff. 3278. Erfüllungsklage und Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind weder kumulativ noch alternativ miteinander vereinbar.

7. Wahlrecht. OLG. **12** 253 (Augsburg). Der Schadensersatzanspruch geht verloren, wenn der Gläubiger sich für den Rücktritt entscheidet. — Ebenso R. **06** 293 Ziff. 611 (Posen). Es kann nicht Rücktritt vom Vertrage und daneben Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden.

8. Kein Interesse. **a)** OLG. **12** 43, R. **06** 241 Ziff. 431 (Augsburg). Der Nachweis des Mangels eines Erfüllungsinteresses gehört zur Begründung der sich auf § 326 Abs. 2 stützenden Schadensersatzklage. **b)** OLG. **12** 252, R. **06** 48 Ziff. 16 (Braunschweig). Sind die Kaufsachen Saisonartikel, so ist der Rücktritt ohne Setzung einer Nachfrist nach § 326 Abs. 2 nur dann zulässig, wenn die Lieferung auch bei Ablauf der Saison — nicht schon bei Beginn derselben — noch nicht erfolgt ist. **c)** KGBl. **06** 59 (KG). Zu den Saisonartikeln gehören Weihnachts- und Neujahrskarten.

9. Ablehnungserklärung. **a)** RG. **61** 131. Wenn bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft ein Teil die Lieferung auch der künftig zu leistenden Raten ablehnen will, so muß er eine bestimmte, unzweideutige Erklärung dieses Inhalts abgeben. Die Sicherheit des Verkehrs erheischt klare Verhältnisse, so daß der säumige Vertragsteil sich auf die Umgestaltung des Vertrags einrichten kann, welche sein Lieferungsverzug nach dem Willen des Vertragsgegners bewirken soll. **b)** RG. LeipZ. **07** 50 Ziff. 9. Die vom Verkäufer an den nicht abrufenden Käufer gerichtete Aufforderung, die Ware nun hintereinander zu beziehen, anderenfalls Verkäufer sich genötigt sehe, solche anderweitig zu verkaufen und den Käufer für die Differenz event. verantwortlich zu machen, ist nicht, wie der Berufungsrichter meint, eine gehörige Nachfristsetzung nebst Erklärung, daß die Ware nach Ablauf der Nachfrist nicht mehr angenommen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werde. Eine solche Aufforderung ist lediglich eine verschärfte Mahnung. **c)** OLG. **12** 45, R. **06** 241 Ziff. 432 (Karlsruhe). Wer im Falle des § 326 erklärt, daß er nach fruchtlosem Fristablauf Erfüllung ablehne, kann allerdings hiervon nicht nachträglich einseitig wieder abgehen; allein mit Zustimmung des Gegners ist dies gestattet.

10. RG. SeuffA. **61** 60 in Ergänzung des in der Entsch. JDR. **4** Ziff. 10 zu § 326 ausgesprochenen Grundsatzes: Als gleichwertig mit der Terminssetzung unter Bezeichnung von Tag und Stunde muß es angesehen werden, wenn der Auffordernde bei Bestimmung der Frist es ausdrücklich dem Vertragsgegner überläßt, seinerseits innerhalb der Frist den für die Vornahme der Auflassung zu wählenden Tag zu bezeichnen. Unterläßt hiernach der Käufer die ihm anheimgegebene Wahl des Auflassungstages, so gerät er hinsichtlich der Entgegennahme der Auflassung in Verzug.

11. R. **06** 1077 Ziff. 2486 (BayObLG.). Der jetzt auch für den Handelsverkehr maßgebenden Vorschrift des § 326 kommt rückwirkende Kraft nicht zu.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Zu §§ 328 ff. 1. RG. JW. **05** 717 Ziff. 7, R. **06** 48 Ziff. 18. Für die Entstehung des Rechtes des bei dem Vertrage nicht mitwirkenden Dritten ist der

Wille der Vertragschließenden entscheidend. Ist er nicht durch eine besondere Bestimmung zum Ausdruck gebracht, so ist nach Abs. 2 aus den Umständen (Zweck) zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben und ob das Recht des Dritten sofort entstehen soll. Für den Fall, daß die demgemäß vorzunehmende Auslegung des Vertrags Zweifel läßt, ist die Auslegungsregel des § 330 aufgestellt.

2. Über die Auslegung des Versprechens der Leistung an einen Dritten s. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 1906, 201 ff.

§ 328. 1. R. **06** 114 Ziff. 147 (BayObLG.). Ein Vertrag zugunsten eines Dritten liegt nicht vor, wenn der Vertrag auf den Namen des Dritten geschlossen ist.

2. **RG.** JW. **06** 712 Ziff. 7. Die Ausstellung eines Kreditbriefs durch einen Bankier zu Lasten des Kontos seines Geschäftsfreundes, aber auf den Namen eines Kunden des letzteren, gewährt als Vertrag zugunsten des benannten Dritten diesem ein unmittelbares Recht auf Aufrechterhaltung der Akkreditierung, auch wenn das belastete Konto später einen Passivsaldo aufweist.

§ 330. 1. OLG. **12** 37, R. **06** 242 Ziff. 440 (Königsberg). Wenn die aus einem Gutsüberlassungsvertrage für einen Dritten eingetragene Zuwendung widerrufen wird, hat die Löschung der Post nicht der Dritte, der dem Vertrage nicht beigetreten ist, sondern der Überlasser zu bewilligen.

2. **RG.** JW. **06** 383 Ziff. 10. Die in einem Vertrage zugunsten eines Dritten vom Schuldner versprochene Leibrente, zahlbar beim Tode des Versprechensempfängers, ist nicht Teil des Nachlasses des letzteren, unterliegt also nicht dem Zugriffe seiner Nachlaßgläubiger.

3. **RG.** 5. 1. 06 **62** 259, JW. **06** 144 Ziff. 22, R. **06** 504 Ziff. 1160. Bei Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags „zugunsten der Erben" braucht nicht mit **RG. 32** 162 angenommen zu werden, daß die Versicherungssumme zum Nachlasse gehören soll; es kann auch (vgl. Danz, R. **05** 89 ff., JDR. **4** Ziff. 1 zu § 330) die Auslegung Platz greifen, daß die Versicherung zugunsten dritter Personen, nämlich derjenigen, die beim Tode als Erben berufen und feststellbar sind, abgeschlossen sein soll.

4. SächsOLG. **26** 274 (Dresden). Ist die Lebensversicherung zugunsten der gesetzlichen Erben abgeschlossen, ohne daß also individuell bezeichnete Personen als die begünstigten aufgeführt werden, so kann in der Regel ein Vertrag zugunsten Dritter nicht als abgeschlossen angesehen, sondern muß angenommen werden, der Versicherungsnehmer habe durch die Wahl jener allgemeinen Bezeichnung zur Bestimmung der Empfangsberechtigten zum Ausdrucke bringen wollen, daß die Versicherungssumme einen Teil seines Nachlasses bilden solle. Ähnlich auch DJZ. **06** 1212 (Stuttgart), HansGZ. **06** Beibl. 269 (Hamburg).

§ 331. Meyn, R. **06** 232—235. Die Zahlung der Versicherungssumme an den bezugsberechtigten Dritten unterliegt der Anfechtung durch die Gläubiger des Versicherten nicht; dagegen ist die in der kritischen Zeit erfolgte Zahlung der Prämienbeträge an den Versicherer dem Dritten gegenüber wohl anfechtbar, da sie für diesen eine unentgeltliche mittelbare Zuwendung darstellt. — Wegen der Anfechtbarkeit der Zahlung der letzten Jahresprämien durch den Ehemann an die Lebensversicherungsgesellschaft vgl. **RG. 61** 217 ff., JDR. **3** Ziff. 2a zu § 32 KO.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

Zu §§ 336 ff. HansGZ. **06** Beibl. 202 (Hamburg). Reugeld und Vertragsstrafe sind begrifflich scharf zu scheiden. Haben die Parteien den Ausdruck Reugeld gewählt, dann kann von dem Wortlaute der Vereinbarung nur dann abgewichen

werden, wenn Anhaltspunkte für eine Auslegung im entgegengesetzten Sinne gegeben sind.

§ 337. Schütz, Die Anzahlung, GuR. 7 185, 186, gibt eine kurze Darstellung der verschiedenen Funktionen der Anzahlung, unter Anführung der einschlagenden Paragraphen.

§ 339. 1. Murray, DJZ. **06** 760, führt aus: Derjenige, der sich gegen Vertragsstrafe verpflichtet hat, etwas nicht zu tun, verwirkt die Strafe dann, wenn er selbst sich entgegen der Verpflichtung betätigt. Diese einengende Auslegung ist um so mehr geboten, als der Schuldner im Falle des § 339 Satz 2 durch den Wegfall des Erfordernisses des „Verschuldens" der Gefahr der Verwirkung der Vertragsstrafe in viel höherem Maße ausgesetzt ist, als im Falle des § 339 Satz 1.

2. *Lehmann, Die Unterlassungspflicht 295 ff., unterscheidet zwischen akzessorischem und selbständigem Strafversprechen und führt aus: Die Verwirkung der Vertragsstrafe tritt im Zweifel nur ein auf Grund schuldhafter Zuwiderhandlung, einerlei, ob es sich um ein akzessorisches oder selbständiges Strafversprechen handelt. Ohne Rücksicht auf ein Verschulden tritt die Verwirkung nur ein, wenn besondere Umstände dazu berechtigen, das Strafversprechen als Garantieversprechen bezüglich des Unterbleibens der fraglichen Handlung auszulegen oder als ein rein durch die Vornahme der fraglichen Handlung bedingtes Zahlungsversprechen aufzufassen.

3. **RG.** (VI.) **63** 116, JW. **06** 335 Ziff. 11, DJZ. **06** 710. Die Richtigkeit der Entscheidung **RG. 55** 79 (V.), daß, wenn eine Unterlassung in Frage steht, nach § 339 Satz 2 die Strafe auch ohne Verschulden des Schuldners mit der Zuwiderhandlung verwirkt sei, wird dahingestellt gelassen und angedeutet, daß auch die Ansicht, daß in einem solchen Falle der Schuldner nur seine Schuldlosigkeit nachweisen müsse, richtig sein könne. — Wegen des übrigen Inhalts dieser Entscheidung vgl. o. Ziff. 1a δ zu § 278.

4. **a)** BayRflZ. **06** 325, R. **06** 1134 Ziff. 2581 (Bamberg). Der Unterschied zwischen Vertragsstrafe und Reugeld liegt darin, daß der Anspruch auf letzteres entsteht, wenn der Vertragsgegner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, während der Anspruch auf Vertragsstrafe das Fortbestehen der Vertragsverpflichtung zur Voraussetzung hat. **b)** R **06** 1256 Ziff. 2998 (Frankfurt). Die Wahl des Ausdrucks „Vertragsstrafe" weist nicht unbedingt auf die Anwendbarkeit der §§ 339 ff., speziell des § 340 Abs. 2 BGB. hin, vielmehr kann die Auslegung dahin führen, daß die Vertragschließenden mit dem Ausdruck in Wirklichkeit ein Reugeld (eine Wandelpön) gemeint haben, daß sie der Strafe keine größere rechtliche Bedeutung haben beilegen wollen, als die gesetzliche Bestimmung des § 75 Abs. 2 HGB. für den dort vorgesehenen Sonderfall vorsieht. **c)** **RG.** JW. **06** 736 Ziff. 4. Weil Strafgedinge eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, dürfen sie nicht ausdehnend ausgelegt werden, und es steht dem Beklagten frei, den Nachweis zu führen, daß eine Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nur durch Kapital- oder Kreditgewährung und ohne Anteil am Geschäftsgewinn auch von dem das Strafgedinge Einklagenden selbst als nicht unter das Vertragsverbot fallend angesehen worden ist. — Ähnlich auch R. **06** 47 Ziff. 9 (Hamm). **d)** **RG.** R. **07** 55 Ziff. 18. Hat jemand sich unter einer Vertragsstrafe verpflichtet, seinen gesamten geschäftlichen Bedarf an bestimmten Materialien binnen bestimmter Frist vom Gegenkontrahenten zu Konkurrenzpreisen zu beziehen, so ist es als Vertragswille anzusehen, daß die Strafe nicht verfallen sein solle, wenn der Verpflichtete, um größere Unternehmungen in seinem Geschäftszweige nur überhaupt vornehmen zu können, sich mit anderen zusammentut und diese Gesellschaft, in der er nicht den ausschlaggebenden Willen

hat, die Materialien statt vom Gegenkontrahenten von anderen Firmen bezieht. **e)** **RG.** JW. **07** 20 Ziff. 23. Der Begriff der Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft ist nur erfüllt bei einer fortgesetzten, auf die Dauer berechneten Tätigkeit, die allerdings unentgeltlich sein kann. **f)** OLG. **12** 254 (Braunschweig). Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft ist nicht nur gegeben, wenn sie in einer gesellschaftlichen Form auftritt, sondern auch dann, wenn sie in einer fortgesetzten wesentlichen Mitwirkung in dem Geschäfte eines Dritten besteht, gleichviel, ob sie der Ausfluß eines Gesellschaftsverhältnisses ist, oder durch eine Anstellung begründet wird. — Die Nebeneinanderstellung der Gründung eines Konkurrenzgeschäfts und der Beteiligung an einem solchen bei Setzung derselben Strafe läßt darauf schließen, daß die Parteien nicht jede unbedeutende Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft unter die Vertragsstrafe stellen wollten. **g)** OLG. **12** 255 (Hamburg). Bei dem Verkaufe einer Gastwirtschaft ist, weil das Kaufobjekt zum Teil in dem ideellen Werte des Betriebs mit seiner Kundschaft und seiner Aussicht auf Fortsetzung in bisheriger Weise besteht, als eine selbstverständliche Vertragspflicht des Verkäufers zu bezeichnen, daß er auch ohne ausdrückliches Versprechen hinterläßt, seinem Käufer eine den verkauften Betrieb unmittelbar schädigende Konkurrenz zu machen. — Ähnlich PuchelsZ. **06** 558 (Colmar). **h)** **RG.** R. **06** 242 Ziff. 441, HoldheimsMSchr. **06** 106. Ein Wirt, welcher sich einer Brauerei gegenüber zum Bierbezuge verpflichtet und für den Fall eines anderweitigen Bezugs eine Vertragsstrafe übernommen hat, ist bei einer Zuwiderhandlung von der Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe nicht schon deshalb entbunden, weil er bei der Weigerung der Brauerei, vor der Bezahlung des fällig gewordenen Kaufpreises einer früheren Lieferung weiteres Bier zu liefern, wegen des Mangels der nötigen Geldmittel in die Zwangslage versetzt worden ist, entweder seine Wirtschaft zu schließen oder anderwärts das nötige Bier zu beziehen. **i)** OLG. **12** 255 (Darmstadt). Das Versprechen einer Vertragsstrafe seitens des Vaters für den Fall, daß der minderjährige Sohn nach Austritt aus dem Geschäft des Versprechensempfängers die ersten zwei Jahre in ein Konkurrenzgeschäft an demselben Platze eintritt, ist rechtswirksam.

Zu §§ 340, 341. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 299 ff., erörtert für den Fall des akzessorischen Strafversprechens den Einfluß der Verwirkung der Strafe durch eine Zuwiderhandlung auf die Hauptverpflichtung. Wenn feststeht, daß der Begründung einer wirksamen Hauptverpflichtung kein Hindernis im Wege stand (136—138) und daß die Parteien sich nicht bloß mit der Vereinbarung der Strafe begnügen wollten, sondern von der Vorstellung ausgingen, der Schuldner solle primär zur Unterlassung verpflichtet sein (299, 300), so sind §§ 340, 341 auf die negative Obligation anwendbar. Bei einmaligen Unterlassungen oder bei Dauerpflichten, wodurch ein positiver Erfolg, der als solcher nur einmal herbeigeführt werden kann, zu meiden ist, hat der Gläubiger nur die Wahl zwischen Erfolganspruch und Strafe; er kann die Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Bei anderen Dauerunterlassungen ist zu scheiden, ob die Strafe ihrer Höhe nach bestimmt erscheint, das volle Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Unterlassung zu decken. Hier hat der Gläubiger die Wahl zwischen der Strafe und dem Anspruch auf fernere Unterlassung plus dem Schadensersatz für die einmalige Zuwiderhandlung. Ist dagegen die Strafe nur als Zwangsmittel gedacht oder deckt sie nicht das ganze Erfüllungsinteresse, sondern nur das am Nichtgeschehen des einzelnen Kontraventionsfalles, so darf der Gläubiger die Strafe und die Erfüllung verlangen. §§ 340 ff. enthalten aber dispositives Recht. Doch darf deswegen nicht gleich im allgemeinen jede Vertragsstrafe, die ein Konkurrenzverbot sichert, als Wandelpön betrachtet werden; derartiges läßt sich stets nur aus den besonderen Umständen des Falles rechtfertigen.

2. *Siber, KrVSchr. 46 541, 548 f. Die Rechte aus § 340 stellen keine facultas alternativa des Gläubigers, sondern zwei einander ablösende Ansprüche mit verschiedenem Leistungsgegenstand dar. Deshalb bleibt der mit dem Schuldnerverzug erwachsene Strafanspruch trotz nachträglicher Verzugsbereinigung bestehen.

3. *Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Rechte 60, 101, 153. Bei § 340 liegt ein Fall der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers vor. Er weist insofern eine Besonderheit auf, als die Befugnis durch den Verzug des Schuldners bedingt ist. — 271: § 340 Abs. 2 stellt eine Ausnahme von der Regel des § 340 Abs. 1 dar; die Bestimmung erklärt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen.

4. FrankfRundsch. 39 247 (Frankfurt). Die Vertragsstrafe kann dann nicht gefordert werden, wenn sie die Leistung aus einem wegen Formmangels nichtigen Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat. Auch das formlose Versprechen der Beurkundung eines formbedürftigen Vertrags ist nichtig. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ist mithin auch dann unwirksam, wenn ein derartiger, auf Beurkundung des Hauptgeschäfts gerichteter Nebenvertrag geschlossen wird. Dagegen kann für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens, einen mündlich auf länger als ein Jahr abgeschlossenen Mietvertrag über ein Grundstück zu beurkunden, eine Vertragsstrafe gültig vereinbart werden.

5. **a)** R. 06 559 Ziff. 1260 (Stettin). Der Vorbehalt, die Vertragsstrafe trotz Annahme der Erfüllung fordern zu wollen, muß im Augenblick der Annahme erfolgen; ein vorher ausgesprochener Vorbehalt ist verfrüht und wirkungslos. **b)** EisenbE. 22 16, R. 06 242 Ziff. 442 (Hamm). Die Eisenbahn verliert den Anspruch auf Erhebung eines Frachtzuschlags, wenn sie den vom Absender verladenen Wagen mit dem im Frachtbrief angegebenen Übergewicht ohne Bemerkungen angenommen und befördert hat.

§ 343. 1. **RG.** JW. 06 11 Ziff. 12, R. 06 55 Ziff. 19. Für die Frage der Angemessenheit einer Vertragsstrafe sind nicht lediglich die Verhältnisse zur Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend, sondern es sind, und zwar unter Umständen sogar ausschließlich, die Verhältnisse der Folgezeit, insbesondere die Verhältnisse zur Zeit der Strafverwirkung in Betracht zu ziehen.

2. **RG.** JW. 06 12 Ziff. 13. Ob eine verwirkte Vertragsstrafe zu ermäßigen sei, ist Tatfrage.

3. SeuffBl. 06 612 (Stuttgart). Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer vereinbarten Vertragsstrafe ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Zu beachten ist neben der Höhe des möglichen und wirklichen Schadens die wirtschaftliche Lage beider Teile, der Grad des Verschuldens des Schuldners und die Erwägung, daß die Strafe als Zwangsmittel wirken soll, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten.

4. Vgl. o. Ziff. 2 zu § 306.

5. Abs. 2. Wegen indirekter Verpflichtung s. o. § 241 I 3.

Fünfter Titel. Rücktritt.

Zu §§ 346 ff. 1. *Sternberg, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? JW. 06 623—625. Die anderweitige Unmöglichkeit im § 351 umfaßt objektive und subjektive Unmöglichkeit. Letztere ist, wenn sie vor Erklärung des Rücktritts und somit vor Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt, nach allgemeinen Grundsätzen vom Rücktrittsberechtigten zu vertreten. § 353 ergänzt § 351 und ist nur anwendbar, wenn die Herausgabe trotz der Veräußerung möglich geblieben, der Rücktritt also nicht schon nach § 351 ausgeschlossen ist. — Es ergibt sich mithin: der Rücktritt ist im Falle der Veräußerung des empfangenen Gegenstandes durch den Berechtigten

trotz (objektiver oder subjektiver) Unmöglichkeit der Herausgabe nur dann zulässig, wenn die Unmöglichkeit auf einen von dem Berechtigten nicht zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist, der auch dann eingetreten wäre, wenn der Berechtigte den Gegenstand nicht veräußert hätte.

2. Dagegen Siegel, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? JW. **06** 802, 803. Unmöglichkeit ist immer als objektive vom Gesetzgeber gedacht. Wie im § 306 der Vertrag nichtig ist, der auf Unmögliches gerichtet ist, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, falls er die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung begründen sollte. § 350 stellt eine Ausnahmebestimmung dar. §§ 347, 351, 353, 354 setzen immer eine Schuld voraus: erst wo ein Verschulden vorliegt, ist der Rücktritt ausgeschlossen, bei einem Unvermögen, das infolge von Veräußerung Platz greift, nicht.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 76, R. **06** 797 Ziff. 1876. Nach BGB. gibt es keinen Rücktritt vom Vertrage wegen Nichteintritts einer Vertragsvoraussetzung.

4. **RG.** SeuffA. **61** 49, R. **06** 1002 Ziff. 2349. Der zur Wandelung eines Grundstücksverkaufs berechtigte Käufer kann Vergütung für Verwaltung des Grundstücks in der Regel nicht fordern. Auch bei der Wandelung sind Verwendungen nur insoweit zu ersetzen, als sie notwendig gewesen sind.

5. **RG.** R. **06** 854 Ziff. 2064. Die Bestimmungen des § 347, die sich auf den Fall des Rücktritts vom Vertrage beziehen, insbesondere diejenige des letzten Satzes, wonach bei Rückgewähr einer Geldsumme diese von der Zeit des Empfangs zu verzinsen ist, finden an sich keine Anwendung, wenn ein Vertrag wegen arglistiger Täuschung mit Erfolg angefochten worden ist.

§ 351. SächsOLG. **26** 505 (Dresden). Nicht jede Fortbenutzung einer gekauften Anlage, auch wenn sie mehrere Jahre dauert, schließt das Wandelungsrecht bezüglich der Anlage aus, vorausgesetzt freilich, daß sie durch die Fortbenutzung nicht wesentlich verschlechtert worden ist.

Zu §§ 351, 355. Oertmann, SeuffBl. **06** 699, 700. Beide Bestimmungen sind im Falle des Kaufes mit Umtauschklausel analog anwendbar.

§ 360. PosMschr. **06** 94 (Königsberg). Das vertragliche Kündigungsrecht beim Ausbleiben einer Mietzinsrate kann nicht ausgeübt werden, wenn die Mietzinszahlung nur deshalb unterblieben ist, weil der Vermieter den Mietzins nicht abgeholt hat, obwohl er dies, trotz der Bringpflicht des Mieters, längere Zeit hindurch regelmäßig getan hatte.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung (zum ersten und zweiten Titel). Schriften, welche sich speziell mit den im ersten Titel behandelten Fragen befassen, sind im Berichtsjahre nicht zu verzeichnen. Auch aus der Rechtsprechung ist Bemerkenswertes nicht zu erwähnen. — Zu dem die Hinterlegung behandelnden Titel sind einige wichtige Entscheidungen ergangen.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 55 ff. Neben der freiwilligen Erfüllung, d. i. der Herbeiführung des dem Gläubiger gebührenden Ersatzes durch freiwillige Leistung des Schuldners (vgl. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 3) oder eines Dritten gibt es nach heutigem Rechte eine Zwangserfüllung durch erfolgreiche Zwangsvollstreckung oder Pfandverwertung, ferner in den Fällen der §§ 561 Abs. 1, 859 Abs. 2 u. 3, und bei allen Duldungsansprüchen (§ 229) durch Selbsthilfe (85 ff., vgl. 82 ff.). — Zwangserfüllung ist ebenso kongruente Befriedigung des Gläubigers, wie freiwillige Erfüllung und deshalb nicht gemäß § 30 Ziff. 2 KO. anfechtbar.

Dies gilt auch von der Auszahlung des Vollstreckungserlöses an den Gläubiger; dagegen ist die Pfändung, solange sie nicht zur Zwangserfüllung geführt hat, anfechtbar; denn sie hat als bloße Vorbereitung der Zwangserfüllung, als Beschlagnahme, noch keinen Befriedigungserfolg, und der nebenher kraft des Pfändungspfandrechts eintretende Sicherungserfolg ist allerdings nicht geschuldet. Ebenso sind anfechtbar Arrest und Vollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek, § 866 ZPO. (93 Anm. 3, berichtigt 276 Anm. 1, vgl. 118 f.). — Vollstreckung ist aber nur subsidiäre Erfüllungsart und erst zulässig, wenn die für freiwillige Erfüllung erforderliche Zeit verstrichen ist (das. 99 ff.).

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht (204—219), erörtert den Untergang der negativen Obligation durch Erfüllung und sonstige Endigungsgründe. Hervorgehoben sei: a) Die Erörterung des Verhältnisses von Erfüllung und Zweckerreichung (204 ff.). b) Zur Erfüllung der negativen Obligation ist nicht erforderlich Unterlassung animo solvendi. Die Beobachtung der Unterlassung unter Ablehnung dieses animus ist sogar Erfüllung (205 ff.). c) Im Hinblick auf die Unterlassungspflicht läßt sich der Nachweis erbringen, daß die Natur der Leistung von wesentlicher Bedeutung für die Natur der Erfüllung ist, daß die Erfüllung nicht notwendig animo solvendi zu erfolgen braucht und daß von der Notwendigkeit einer Erklärung des Solutionswillens oder gar dem Abschluß eines Erfüllungsvertrags erst recht nicht die Rede sein kann (214). d) Erfüllung und Zweckerreichung sind für das negative Schuldverhältnis gleichbedeutend (215). e) Der Wegfall des Obligationsinteresses und sein Einfluß auf den Bestand der Obligation wird mit reicher Kasuistik erörtert (215—19). f) Die Beobachtung der sekundären Unterlassungspflichten ist nicht Erfüllung (219).

3. **RG.** R. **06** 1077, SeuffA. **61** 135. Die Erfüllungsübernahme nach § 329 und die Schuldübernahme nach §§ 415 ff. begründen beide eine Verpflichtung des Übernehmers zur Schuldnerrolle oder zur Erfüllung dem Schuldner und auch unter Umständen dem Gläubiger gegenüber; davon zu unterscheiden ist das Recht zur Erfüllung durch Leistung an einen Dritten gemäß § 362 Abs. 2.

4. **RG. 61** 5. Bei Wechselforderungen wirkt die Zahlung nicht so, wie bei gewöhnlichen Forderungen. Ungeachtet der Zahlung besteht die Wechselforderung weiter, wenn die Wechselurkunde unzerstört und ohne Quittungsvermerk im Besitze dessen verbleibt, der Wechselgläubiger geworden war.

5. Wilutzky, AbürgR. **28** 70, über Erfüllungsgeschäfte als Verfügungen.

§ 363. OLG. **12** 46 (Hamburg). § 363 findet auf den Fall mangelhafter Leistungen, besonders auf Leistungen, die deshalb mangelhaft sind, weil zugesicherte Eigenschaften nicht gewährt sind, Anwendung (**RG. 57** 400). § 363 ist andererseits nicht auf den Fall der Wandelung von Kaufgeschäften beschränkt. Er gilt auch für den Kauf eines Geschäfts mit Kundschaft.

§ 364. *Schöninger, Leistungsgeschäfte 275 ff. Begründung eines abstrakten Schuldversprechens solvendi causa und Novation ist durchaus identisch, eine Begründung eines abstrakten SchV. donandi causa, dotis causa identisch mit Schenkungsversprechen und Ausstattungsversprechen.

§ 368. 1. Fuchs, ZBlFG. **6** 489 ff., 497, untersucht die Frage, ob Quittungen zu den Urkunden des § 171 FGG. gehören. Die Quittung als bloßes Empfangsbekenntnis ist kein dispositiver Akt in dem Sinne, daß sie eine Rechtsänderung hervorzubringen bestimmt ist. Aber auch wenn sie nicht die Funktion des Erlaßvertrags, sondern nur die Bedeutung einer schriftlichen Beweisurkunde über die Tatsache des Empfangs der Leistung hat, so ist sie doch eine auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Privatwillenserklärung. Dadurch, daß der Gläubiger in der Quittung erklärt, er habe die Leistung empfangen, gibt er nicht nur eine Erklärung über einen tatsächlichen Vorgang ab, sondern

erklärt zugleich den Willen, diese tatsächliche Erklärung als von ihm abgegeben gelten zu lassen. Dieser rechtliche Erfolg, die Erklärung dem Schuldner als ein Beweismittel zu gewähren, ist ja der Zweck, dem die Quittung dienen, der durch ihre Ausstellung erreicht werden soll.

2. SächsRpflA. **06** 151 (Dresden). Nach §§ 368 ff. ist die Quittung nach ihrer regelmäßigen Natur und ihrer gewöhnlichen Bedeutung im Rechtsverkehr nur Beweismittel. Sie stellt sich als ein vom Aussteller gegen sich selbst erteiltes Zeugnis — außergerichtliches Geständnis — über die Tilgung der quittierten Verbindlichkeit dar, das durch den Gegenbeweis entkräftet werden kann, daß die quittierte Schuld noch ungetilgt sei. Unter Umständen kann in dem Geben und Nehmen einer Quittung der übereinstimmende Wille des Ausstellers und des Empfängers auf den Abschluß eines Erlaßvertrages (§ 397 Abs. 1) oder negativen Anerkennungsvertrages (§ 397 Abs. 2) gerichtet sein. Auf solchen Anerkennungsvertrag findet die Vorschrift des § 812 Abs. 2 Anwendung.

3. **RG.** ElsLothJZ. **06** 357: Der Gläubiger wird auch dann, wenn er über eine Zahlung nur subrogatorisch quittiert, durch diese befriedigt. Nach Empfang der Zahlung ist er nicht mehr Gläubiger und kann daher in Ansehung des empfangenen Betrages Gläubigerrechte nicht mehr ausüben.

§ 369. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 43, gegen Schollmeyer Anm. 3. Im Falle des Abs. 2 hat der Schuldner nur denjenigen Kostenbetrag vorzuschießen, der durch Quittungsleistung des ursprünglichen Gläubigers entstanden wäre, und zwar jedem der Gläubiger den der Größe seiner Forderung entsprechenden Teil.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372. 1. BayRpflZ. **06** 21 (Bamberg). Die §§ 372 ff. BGB. beziehen sich nur auf die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, nicht auf die prozessuale Hinterlegung. Die Bestimmungen der Prozeßgesetze bleiben durch sie unberührt. Soweit es sich hier um eine Hinterlegung aus zivilrechtlichem Grunde handelt, finden die §§ 372—386 BGB. Anwendung, soweit aber eine Hinterlegung aus prozessualem Grunde (§ 853 ZPO.) vorliegt, sind zunächst die Bestimmungen der ZPO., im übrigen die Vorschriften der §§ 372—382 BGB. subsidiär maßgebend.

2. ZVersWes. **06** 599 (Hamburg). Die Worte: die Ungewißheit über die Person des Gläubigers dürfe nicht auf Fahrlässigkeit beruhen, sind nicht dahin zu verstehen, wie es allerdings nach dem Wortlaut möglich sein würde, daß auch eine beim Vertragsschluß vorhandene Fahrlässigkeit, infolge deren die Person des späteren Forderungsberechtigten nicht scharf genug bezeichnet wurde, genügend ist, um bei späterer Ungewißheit das Recht zur Hinterlegung auszuschließen. Vielmehr ist dabei nach den Gesetzesmaterialien immer nur daran gedacht worden, daß der Schuldner sorgfältig zu prüfen hat, wer sein Gl. ist und zur Hinterlegung befugt sein soll, wenn er auch bei sorgfältiger Prüfung hierüber keine Klarheit bekommen kann.

3. OLG. **12** 257 (KG.). Der Unterschied zwischen einer Hinterlegung mit und ohne Rücknahmeverzicht ist nur der, daß bei der letzteren die Umwandlung des Leistungsanspruchs in die Forderung an die Hinterlegungsstelle auflösend bedingt durch die Ausübung des Rücknahmerechts ist. Den Eintritt dieser Bedingung zu verhindern, ist der Gläubiger jederzeit durch die Annahme der Hinterlegung in der Lage. Bis zur Entscheidung über die Bedingung ist aber die Wirkung der Hinterlegung uneingeschränkt.

4. Über die besitzrechtliche Seite der Hinterlegung vgl. § 870.

§ 380. ZVersW. **06** 599 (Hamburg). Das Verhältnis des § 380 zu § 378 ist dahin festzulegen, daß die nach § 378 im Falle des Verzichts auf Rücknahme eintretende Befreiung von der Verbindlichkeit durch § 380 eingeengt

ist. Während im übrigen die Vorschriften über die Hinterlegung auf dem Gedanken beruhen, daß der Schuldner nicht darunter leiden soll, wenn er schuldloserweise über die Person seines Gläubigers im ungewissen ist, wird hier vom Gesetzgeber dem Interesse des Schuldners das an sich ebenso berechtigte Interesse des Gläubigers entgegengestellt. Diesem Interesse wird dadurch Rechnung getragen, daß dem Gläubiger, der die gerichtliche Anerkennung seiner Forderungsberechtigung erwirbt, die Möglichkeit gewährt wird, die hinterlegte Schuld so zu erheben, als wäre vom Schuldner dazu die Einwilligung gegeben.

§ 381. BayRpflZ. **06** 21 (Bamberg). Die Bestimmung, daß der Hinterlegende die Kosten zu tragen hat, wenn er die hinterlegte Sache zurücknimmt, hat nur den Sinn, daß der Schuldner für die Kosten einzustehen hat, wenn er die Sache freiwillig zurückfordert und so die Wirkung der Hinterlegung beseitigt; es sind dann von ihm die Kosten ohne Nutzen für den Gläubiger verursacht.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Wie im Vorjahre, so hat auch im Berichtsjahre die Eventualaufrechnung wiederum eine eingehende Erörterung erfahren. Der Aufsatz von Busse wendet sich gegen Stölzels Klagabweisungstheorie. Stölzel verteidigt diese Theorie gegen die Angriffe. Eine eingehende Monographie über die Aufrechnung, besonders im Konkurse stammt von Lang. Der kurze Selbstbericht des Verfassers läßt bereits erkennen, daß das Buch eine Fülle von Anregungen enthält. — Zu § 394 ist die Entscheidung des OLG. Naumburg beachtenswert. Es wird mit Recht hervorgehoben, daß § 273 u. § 394 verschiedene wirtschaftliche Gebilde regeln.

Literatur: Busse, Zur Eventualaufrechnung, SächsRpflA. **06** 121. — Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. München 1906. — Stölzel, SächsRpflA. **06** 458.

Zu §§ 387, 388. 1. Allgemeines Aufrechnungsrecht. *Lang: a) Das Aufrechnungsrecht ist ein Recht des rechtlichen Könnens und daher abhängig von den Rechtsverhältnissen, auf die es sich bezieht. — Andererseits aber ist es ein selbständiges Aufhebungsrecht. Daher bemessen sich die Voraussetzungen, die Form und die Wirkungen einer nach dem 1. 1. 00 abzugebenden Aufrechnungserklärung auch dann nach neuem Rechte, wenn die Forderungen altrechtlich sind. — Altrechtliche Aufrechnungsverbote, die dem neuen Recht unbekannt sind, sind bedeutungslos (depositum irregulare). (AA. **RG. 50** 38.) Neue, dem alten Rechte unbekannte Verbote haben allgemeine Geltung (69 ff.). b) Das Aufrechnungsrecht endet für jeden der beiden Teile mit seiner einmaligen wirksamen Ausübung (73 [17]). c) Der Verzicht auf das Aufrechnungsrecht hat keine dingliche Rückwirkung (73 [19]). d) Das vertragsmäßige Barzahlungsversprechen enthält einen Verzicht auf das Aufrechnungsrecht (74 [24]). e) Das Aufrechnungsrecht hat zwar wirtschaftlich, insbes. im Konkurs, Ähnlichkeit mit einem pfandrechtlichen Absonderungsrecht, rechtlich ist es aber nicht als Pfandrecht an der eigenen Schuld zu konstruieren (75, 78).

2. *Lang. a) Die Bestimmungen der §§ 387 ff. gelten nur für privatrechtliche, nicht für öffentlich-rechtliche Forderungsrechte (1 [2], 138 [8]). b) Mit einer und gegen eine nach §§ 119—123 BGB. anfechtbare Forderung ist die Aufrechnung vor erklärter Anfechtung zulässig. Dagegen ist eine Anfechtung nach erklärter Aufrechnung unzulässig (5 [6ff.], 7 [15], 8 [16]). — Ebenso ist in diesem Falle eine Anfechtung der Aufrechnungserklärung wegen Irrtums ausgeschlossen (6 [8], 8 [16]). c) α. Mit betagten, i. e. vor Eintritt des Termins bereits bestehenden Forderungen, kann vor Eintritt desselben ebensowenig aufgerechnet werden wie mit befristeten Forderungen. — Dies gilt sowohl für rechtsgeschäftliche als auch für gesetzlich betagte und befristete Forderungen (9, 10).

β. Tritt nach Aufrechnung mit auflösend bedingten Forderungen die Bedingung ein, so entsteht für den Aufrechnungsgegner ein Bereicherungsanspruch (12 [15]). γ. Gegen betagte Forderungen ist vor Eintritt des Termins die Aufrechnung im Zweifel zulässig (12 [17]), nicht aber gegen befristete Forderungen (13 [18]). δ. Tritt nach Aufrechnung gegen eine auflösend bedingte Forderung die Bedingung ein, so hat der Aufrechnende in jedem Falle einen Bereicherungsanspruch. Auf die Kenntnis von der Bedingung kommt es nicht an (13 [21]). d) Bei Wahlforderungen sowie Forderungen auf eine Handlung liegt im Zweifel ein vertragsmäßiges Aufrechnungsverbot vor (16 [15]). e) Gegenseitigkeit. Der Kommissionär kann vor der Abtretung mit der für den Kommittenten erworbenen Forderung nicht aufrechnen; ebenso nicht der Schuldner aus dem Ausführungsgeschäft mit einer Gegenforderung an den Kommissionär (19 u. 24).

3. Wilutzky, AbürgR. 28 75. Die einseitige Aufrechnung wie der Aufrechnungsvertrag gehört zu den Verfügungen.

4. Eventualaufrechnung. a) *Busse. Die drei Voraussetzungen des Aufrechnungseinwandes sind: α. Eine gleichartige fällige Gegenforderung. β. Daß nicht nur sie, sondern auch die Klageforderung geschuldet wird (§ 387: „Schulden einander . . .“), daß also auch die Klageforderung besteht. γ. Einseitige, empfangsbedürftige, unbedingte und unbefristete Aufrechnungserklärung (§ 388). Eventuell, d. h. mit Beschränkung auf den Fall des Klagebeweisgelingens vorgebracht werden kann nur der Aufrechnungseinwand und seine tatsächliche Begründung, d. i. die Behauptung seiner drei Voraussetzungen. Die Aufrechnungserklärung ist materiell-rechtlicher Akt wie die Zahlung. Soweit sich das Prozeßvorbringen auf die Aufrechnungserklärung bezieht, kann es nur darin bestehen, daß ihr Vorhandensein als das einer der drei Voraussetzungen des Einwandes behauptet wird. Die Aufrechnungserklärung ist ebensowenig wie die Zahlung Akt des Prozeßverfahrens. Lediglich das Vorbringen, daß sie gegeben seien, ist prozessual und dient zur Begründung des Aufrechnungs- oder Zahlungseinwandes. Das unter Klageleugnung und mit Beschränkung auf den Fall des Klagebeweisgelingens gemachte event. Vorbringen des Aufrechnungseinwandes hat den Zweck, der Wirkung des § 288 ZPO. vorzubeugen. Wer schlechthin den Einwand erheben wollte, müßte zur tatsächlichen Begründung behaupten, daß die Klageforderung bestünde (zweite Voraussetzung). So aber bleibt sie beweisbedürftig. Die Klagabweisungstheorie ist falsch, weil das Urteil den Rechtsstreit in unreifem Zustande, nämlich bei nur schlüssiger Klage und nur schlüssigem Aufrechnungseinwande erledigte. Begründet ist der Einwand erst, wenn seine drei Voraussetzungen auch bewiesen sind. Die Nichtfeststellung der Klageforderung (durch Beweisaufnahme) hat zur Folge, daß nicht nur die Klage, sondern auch der Aufrechnungseinwand mangels Beweises seiner zweiten Voraussetzung noch unbegründet, beide also nur fundatae, nicht probatae sind. Alternative Begründung ist nicht möglich, weil auch der Aufrechnungseinwand unbegründet ist, wenn das Bestehen der Klageforderung, seine zweite Voraussetzung, dahingestellt bleibt, der Richter also der Entscheidung nur eine unbegründete Klage und einen unbegründeten Einwand zugrunde legen kann. Stölzel zieht die Methode wieder in Frage, wenn er die Ansicht aufstellt, schon bei Schlüssigkeit der Klage und des Aufrechnungseinwandes, die beide mangels Beweises der Klageforderung noch unbegründet sind, sei der Rechtsstreit zur Entscheidung reif. Die Beispiele der Zahlung, Verjährung, Stundung passen nicht, da bei keinem Institut eine Voraussetzung wie die zweite des Aufrechnungseinwandes (Bestehen der Klageforderung, § 387) zur Begründung gesetzlich erfordert wird. Indem Stölzel die Klageforderung dahingestellt sein läßt, weist er die Klage auf Grund eines noch unbegründeten Einwandes ab. Der Mangel an Entscheidungsreife zeigt sich auch so-

fort darin, daß die Rechtskraft nicht entgegensteht, wenn Beklagter, da über den Untergang der Gegenforderung durch Aufrechnung nicht entschieden ist, seine Gegenforderung in einem anderen Prozesse zur Aufrechnung stellt, ja sogar einklagt, und daß Kläger seine Klageforderung, wenn auch nicht einklagen, so doch aufrechnen kann, da das Urteil weder ihr Bestehen noch ihren Untergang durch Aufrechnung feststellt. — An der bloßen Entscheidung, ob gezahlt werden müsse oder nicht, kann den Parteien bei streitiger Klage- und unstreitiger Gegenforderung nichts liegen. Denn daß Beklagter unter keinen Umständen zahlen muß, wenn er eine unstreitige Gegenforderung zu opfern bereit ist, weiß jeder verständige Beklagte und Kläger allein, sie können nur dafür Interesse haben, ob die Aufrechnung stattgefunden hat oder nicht. — Die Klagabweisungstheorie ist auch deshalb falsch, weil der Spruch kostenpflichtiger Klagabweisung nicht für jeden Fall richtig ist. — Ist nämlich die Aufrechnung erst im Laufe des Prozesses erklärt, so ist der Spruch nur beim Nichtbestehen der Klageforderung zutreffend. Besteht sie aber, so muß die Hauptsache für erledigt erklärt und müssen die Kosten dem Beklagten auferlegt werden, der von der im § 387 gegeben facultus alternativa, seine Schuld durch Aufrechnung statt durch Zahlung (Erfüllung) zu tilgen, erst im Laufe des Rechtsstreits Gebrauch macht und dadurch den Erlöschungsgrund (vgl. Überschrift des 3. Abschn. II. Buches des BGB.) schafft. — Die fingierte Wirkung ex tunc des § 389 kann die Tatsache nicht beseitigen, daß der Tilgungsakt erst im Laufe des Prozesses vorgenommen ist. Der Prozeß ist vom Kläger also zu Recht erhoben. Beklagter genügt der Klage, wenn er die Klageforderung — von der fac. altern. Gebrauch machend — durch Aufrechnung begleicht, und deshalb ist in Wahrheit auch Beklagter der unterliegende Teil; doch beschränkt sich die Entscheidung auf die Kostenfrage, da Beklagter der weiteren Verurteilung durch Tilgung der Klageforderung entgangen ist und dadurch die Hauptsache erledigt hat. **b**) *Stölzel führt gegenüber der Behauptung Busses, aus § 387 BGB. folge, daß bei anerkannter Gegenforderung es behufs Abweisung der streitigen Klageforderung erst der Feststellung der letzteren durch Beweis bedürfe, und daß erst hierdurch die Reife des Prozesses zur Endentscheidung im Sinne des § 300 ZPO. eintrete, in einer Selbstanzeige der 4. Aufl. des Bd. II seiner „Schulung f. d. ziv. Pr." aus: Die Geltendmachung der Aufrechnung erzeuge nach der ZPO. wie im BGB. nicht mehr, wie im früheren Rechte, einen Doppelprozeß über Klage- und Gegenforderung, sondern nach § 322 nur einen einheitlichen Prozeß über „den in der Klage erhobenen Anspruch", dem gegenüber die Geltendmachung der Gegenforderung „lediglich als Verteidigungsmittel" wirke; jedes in seiner tatsächlichen Grundlage feststehende Verteidigungsmittel beseitige den streitigen wie den unstreitigen Klaganspruch; dazu genüge dessen Behauptung, eine diesbezügliche Beweiserhebung sei bedingungslos ausgeschlossen, weil jede Behauptung zuungunsten des Behauptenden (also die Klagebehauptung behufs Klagabweisung) im Urteile des Gerichts ohne weiteres als wahr zu behandeln sei; daraus folge im Fragefalle die Notwendigkeit der Klagabweisung ohne Beweiserhebung über die Klage und zugleich die Annahme der Tilgung der Klageforderung durch Aufrechnung; die Frage, ob auch die Gegenforderung durch die Aufrechnung getilgt sei, bleibe offen, weil es sich hier um eine Wirkung der Klagebehauptung zugunsten des Klägers handle und diese Wirkung für das laut der Parteianträge auf den erhobenen Anspruch zu beschränkende Urteil außer Betracht zu bleiben habe; § 387 in Verbindung mit den Prozeßgesetzen und mit den anderen von Erlöschung der Schuldverhältnisse handelnden Paragraphen des BGB. sei dahin zu verstehen: jeder prozessualisch festgestellte Erlöschungstatbestand (und somit auch die Geltendmachung einer anerkannten Gegenforderung, d. h. die Aufrechnung) beseitigt den

Klaganspruch aus feststehendem wie streitigem Schuldverhältnisse; bei feststehendem Schuldverhältnisse beseitigt die Geltendmachung einer festgestellten Gegenforderung zugleich den Gegenforderungsanspruch. Hiernach liege bei streitiger Haupt- und anerkannter Gegenforderung Reife des Prozesses zur Endentscheidung vor, und § 387 BGB. besage das Gegenteil von dem, was Busse annehme; nur das entspreche auch dem praktischen Bedürfnisse, wie aus verschiedenen Beispielen hier und aus der 4. Aufl. von Bd. II der Schulung erhelle.

5. **a)** *Lang. Die im Prozeß erklärte Aufrechnung kann materiell nicht widerrufen werden; sie kann aber aus dem Prozeßstoffe beseitigt werden. Dann ist die im Prozeß ergehende Entscheidung objektiv falsch, da materiell die Klageforderung erloschen ist. Dritte, die sich für dieselbe verbürgt oder Pfand bestellt haben, können sich aber auf die eingetretene Tilgung berufen (50/51). Auch der Aufrechnende selbst kann trotz der Aufrechnung in diesem Falle seine Forderung noch geltend machen (50[41]), nicht aber die Vollstreckungsgegenklage gegen das erste Urteil erheben. **b)** SeuffBl. **06** 610 (Stuttgart). Eine Aufrechnungserklärung kann in einen vorbereitenden Schriftsatz abgegeben werden. Damit sind die beiderseitigen, bis dahin geltend gemachten Forderungen erloschen; nach diesem Zeitpunkt kann daher der Kläger gegen die durch die Aufrechnung erloschenen Gegenforderungen des Beklagten nicht mehr seinerseits mit einem Gegenanspruch aufrechnen.

6. Vertragliche Aufrechnung (vgl. IDR. **4** §§ 387, 388 Ziff. 5). **a)** OLG. **12** 305 (Königsberg). Eine Grundschuld des Gläubigers kann gegen eine Geldforderung des Grundstückseigentümers nur aufgerechnet werden, wenn die Aufrechnung von den Parteien vereinbart ist. Dieser Vertrag ist an die Erfordernisse der gesetzlichen Aufrechnung nicht gebunden. Durch ihn können auch Forderungen auf ungleichartige Leistungen aufgerechnet werden. **b)** **RG. 63** 179, IW. **06** 383, HansGZ. **06** Beibl. 145 (s. u. § 817 Ziff. 1 u. 2). Erklärt sich der Kläger vertragsmäßig mit der Aufrechnung einer Forderung des Beklagten, welche aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte herrührt, einverstanden, so wird durch die Aufrechnung des Beklagten die Schuld des Klägers getilgt. **c)** SeuffA. **61** 5 (München). Erklärt der Kläger bei Hingabe eines Darlehens dem Beklagten, er brauche sein Geld in vier Wochen wieder und nahm es der Beklagte an, so ist anzunehmen, daß die Tilgung der Darlehnsschuld durch bare Zahlung erfolgen solle und daß der Schuldner der Zahlung durch Aufrechnung, die einer Vertragserfüllung, wie bedungen, nicht gleichkommen würde, entsagt.

7. *Simonson, GruchotsBeitr. **50** 244, über die Frage, ob die Aufrechnung eine Einrede ist.

8. Einzelne Fälle. **a)** R. **06** 372 (Marienwerder). Eine Forderung kann nicht bzw. nicht mehr in voller Höhe aufgerechnet werden, wenn sie zu der Zeit, zu welcher die Aufrechnung erklärt wurde, nicht mehr bestand, sondern bereits ganz oder teilweise erloschen war. Das bloße Bestehen einer aufrechenbaren Gegenforderung berührt den Bestand der Konkursforderung nicht, der Zwangsvergleich betrifft daher diese Forderungen in voller Höhe, wenn schon der Gläubiger sich nicht am Konkurse beteiligt hatte. Erklärt der Gläubiger nach dem Zwangsvergleich die Aufrechnung, so kann er die Forderung nur in der Höhe, in der sie auch nach dem Zwangsvergleich noch fortbesteht, zur Aufrechnung bringen. **b)** R. **06** 179 (Hamm). Die durch die Wandelung entstehende Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises kann, solange nicht die Rückgabe der Kaufsache erfolgt ist, nicht aufgerechnet werden. **c)** HansGZ. **06** Hptbl. 224 (Hamburg). Der Käufer ist bei der Klausel: „netto Kasse bei Ankunft der Ware in Antwerpen" nicht berechtigt, den Kaufpreis wegen einer aus

einem früheren Geschäft herrührenden, aber nicht liquiden Gegenforderung aufzurechnen. **d)** OLG. **13** 12 (Dresden). Soweit der Versteigerungserlös nicht zur Befriedigung der Realgläubiger gebraucht wird, also dem bisherigen Eigentümer gehört, kann der Ersteher ihm gegenüber aufrechnen. **e)** AG. Reichenbach und LG. Schweidnitz, BreslAK. **06** 41. Befriedigt sich der Schuldner vertragsmäßig durch Aufrechnung mit dem Drittschuldner, so kann § 392 nicht Anwendung finden. **f)** OLG. **12** 257 (Dresden). Aufrechnung gegen die Forderung an den Zedenten trotz gemeinsamer Erklärung des Zedenten und des Zessionars ist unzulässig.

§ 389. *Lang. a) Die Rückwirkung beseitigt die Prozeßzinsenpflicht, wenn die Aufrechenbarkeit vor Prozeßbeginn vorhanden war (60 [6]). b) Die Rückwirkung bezieht sich auch auf die Fälle, in denen durch die Aufrechnung ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Aufrechnenden geschieht (§§ 268, 1142/43 usw.). Dieser wird dann zurückdatiert (60). c) Im Prozeßrecht hat die Rückwirkung keine Bedeutung. Die Frage der Kostenpflicht im Prozeß, der sich auf Grund einer Aufrechnung erledigt, beantwortet sich, wenn die Hauptsache für erledigt erklärt wird, nur nach dem Gesichtspunkt, daß kostenpflichtig der ist, der bei Nichterledigung der Hauptsache unterlegen wäre. Es kommt daher nur auf die Frage der Wirksamkeit der Aufrechnung und nicht darauf an, ob die Aufrechenbarkeit schon vor Prozeßbeginn gegeben war oder nicht (61 ff.).

Zu §§ 390—392. *Hauser, Zwangsvollstreckung in Hypotheken. Soweit auf Grund dieser Bestimmungen Aufrechnung ausgeschlossen ist, kann der Aufrechnungserfolg auch nicht durch Pfändung und Überweisung der eigenen Schuld erreicht werden, da diese Vorschriften nicht nur wie die in §§ 393, 394 aaO. auf gesetzestechnischen, sondern auf ethischen bzw. sozialen Gründen beruhen. Insoweit aber stellen sie zwingendes Recht dar (40).

§ 390. 1. *Lang. a) Die Einrede der Rechtshängigkeit schließt die Aufrechnung nicht aus (3 [2]). b) Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, die gegenüber der Aktivforderung geltend gemacht wird, hindert die Aufrechnung gegen die Forderung nicht, durch die die Zurückbehaltungseinrede gegeben ist (3 [4] mit Beispiel aus dem Mietrecht). c) Wird gegen eine einredebehaftete Forderung in Kenntnis der Einrede aufgerechnet, so liegt ein Verzicht auf das Einrederecht vor. § 814 I Fall des BGB. ist nicht anwendbar. Bei Unkenntnis der Einrede ist ein Bereicherungsanspruch gegeben (analog §§ 813 und 814 I Fall 2 BGB.) und zwar auf Wiederherstellung b e i d e r Forderungen (8, 4).

2. **a)** R. **06** 559 (Colmar). Im Falle des § 390 Satz 2 muß derjenige, dessen Forderung verjährt ist, die Aufrechnung erklären, nicht aber der Gegner des Inhabers der verjährten Forderung. **b)** PucheltsZ. **06** 466 (Colmar). Der § 390 schließt nur solche Forderungen, denen b e g r ü n d e t e Einreden entgegenstehen, von der Aufrechnung aus.

§ 391. *Lang. a) Unter den nach § 391 zu leistenden Ersatz fällt auch die durch die Nichterfüllung an einen Dritten verwirkte Vertragsstrafe. b) Der Ersatz kann durch Aufrechnung mit der größeren Aktivforderung gegen den Ersatzanspruch geleistet werden. Jedoch kann diese Aufrechnungserklärung nicht mit der ersteren zusammengefaßt werden, da der Ersatzanspruch erst d u r c h die erste Aufrechnungserklärung entsteht (14/15).

§ 392. 1. *Lang. Die entgegen dem § 392 erklärte Aufrechnung ist nur unwirksam zwischen dem Aufrechnenden und dem Beschlagnahmegläubiger, hat aber Wirkung zwischen dem Aufrechnenden und seinem Gläubiger (arg. § 135/36 BGB.) (34 [66/67]).

2. **RG.** R. **06** 747. Im Falle der Pfändung und Überweisung einer Forderung kann der Schuldner, bei dem die Pfändung angelegt ist, dem pfändenden Gläubiger alle Einreden entgegensetzen, die ihm gegen seinen Gläubiger zustehen.

Insbesondere kann er Forderungen gegen den letzteren, die bereits vor der Beschlagnahme bestanden und fällig waren, gegen den pfändenden Gläubiger zur Aufrechnung bringen.

Zu §§ 393—394. *Lang 39 13. Die gesetzlichen Aufrechnungsverbote können durch Vertrag aufgehoben werden.

§ 394. 1. NaumburgAK. **06** 38 (Naumburg). Gegen eine analoge Anwendung des Verbots aus § 394 auf § 273 spricht schon die Erwägung, daß Aufrechnung und Zurückbehaltung nach ihren Voraussetzungen und ihrem Wesen völlig verschiedene Rechtsgebilde sind. Die Aufrechnung setzt voraus: Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit der Forderungen und bewirkt eine unmittelbare Tilgung der sich gegenüberstehenden Forderungen: die Zurückbehaltung beruht auf Fälligkeit und Konnexität der Forderungen und wirkt nicht Tilgung, sondern Sicherung des Schuldners, indem es beide Forderungen bestehen läßt. Solche tiefgehenden Unterschiede zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltung schließen eine analoge Anwendung der Rechtssätze des einen Gesetzes auf die des anderen aus. Dies muß um so mehr gelten, als das Aufrechnungsverbot des § 394 erst durch das BGB. gegenüber dem bisherigen Rechtszustand neu aufgestellt ist (RG. **41** 51), der Gesetzgeber dann aber sicher auch bei § 273 eine gleiche ausdrückliche Vorschrift gegeben haben würde, falls er auch hier dasselbe Verbot einführen wollte. Aus dem Fehlen der Verbotsbestimmung muß vielmehr der Schluß gezogen werden, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht der im § 394 vorgesehenen Einschränkung unterliegt. S. a. o. zu § 273 Ziff. 6. Vgl. JDR. **4** § 394 Ziff. 3; **3** § 394 Ziff. 1; **2** Ziff. 1.

2. HansGZ. **06** Beibl. 284 (Hamburg). In der Zahlung eines Gehaltsvorschusses liegt nicht die Begründung einer selbständigen Darlehnsverbindlichkeit unter der gleichzeitigen Abrede, daß dies Darlehen nach und nach durch Aufrechnung der monatlich fällig werdenden Gehaltsbezüge getilgt werden soll, sondern charakterisiert sich lediglich als die Vorauszahlung dieser erst nach und nach fällig werdenden Gehaltsbezüge, m. a. W. als die vorzeitige Erfüllung der dem Beklagten obliegenden vertraglichen Leistung.

3. PrOVG. **46** 414. Die Deputatforderung eines Instmannes kann gegen eine Darlehnsforderung des Dienstherrn nicht aufgerechnet werden.

§ 396. *Lang. a) Die Widerspruchserhebung gegen die Anrechnungsbestimmung hat die Wirkung des § 366 II sowohl bei der Aktivforderung als auch bei der Passivforderung (53 ff.) b) Dieselbe Wirkung tritt bei der Aktiv- und Passivforderung ein, wenn ohne Anrechnungsbestimmung aufgerechnet wird (56).

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. OLG. **12** 46 (Karlsruhe). Kläger, der Steinhauerarbeiten geliefert hatte, hat bei Empfang der letzten Zahlung einen Quittungsentwurf, wonach er den Empfang seines Restguthabens „unter Verzicht auf jedwede Nachforderung" bescheinigt, vorbehaltlos unterschrieben. Hierin ist das Anerkenntnis des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gefunden worden.

2. BayRpflZ. **06** 147 (LG. I München). Die Aushändigung einer Quittung ohne Zahlung kann die Bedeutung eines Schulderlasses haben; allein derartige Fälle sind selten und verfolgen meist einen besonderen Nebenzweck. In der Regel wird ein wirklicher Schulderlaß mit direkten Worten gegeben und angenommen. Die Quittung ist regelmäßig nur eine Wissenserklärung, eine Bestätigung des Geldempfangs und unterliegt hiernach nicht der Anfechtung nach § 119, sondern der Kondiktion nach § 812 ff.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Mit der theoretisch und praktisch nicht unwichtigen und interessanten Frage nach der Gestaltung des Verhältnisses bei Abtretung von Auseinandersetzungsansprüchen beschäftigt sich (§ 398 Ziff. 1) Brückmann. Derselbe Schriftsteller erörtert auch zu § 399 aus der Natur des Abtretungsverbots sich ergebende Zweifel. Zu § 404 Ziff. 2 behandeln Simonsohn und Eccius die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen bei gegenseitigen Verträgen, — mit entgegengesetzten Ergebnissen. Im übrigen hat im wesentlichen die Rechtsprechung bedeutsames Material geliefert. Vor allen Dingen sind wieder die Streitfragen der fiduziarischen Abtretung (§ 398 Ziff. 4) mannigfach und eingehend aufgerollt worden. Ihre Zulässigkeit wird grundsätzlich bejaht, der als Zeuge auftretende Zedent jedoch scheel angesehen. Die praktisch so bedeutsame Frage nach der Abtretbarkeit des Anspruchs auf Auszahlung von Baugeldern (§ 399 Ziff. 2) wird überwiegend verneint. Zu § 407 (Ziff. 3) und § 409 (Ziff. 1) spricht das RG. klar aus, daß nur bei wirklich bestehender sicherer Kenntnis von der Abtretung der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger nicht zahlen darf; auf die Quellen seines Wissens komme es nicht an; seinerseits den Sachverhalt aufzuklären, habe er nicht nötig; seine Rechtslage dürfe durch die Zession nicht verschlechtert werden: der Standpunkt geht zugunsten des Schuldners sehr weit, ist aber doch wohl grundsätzlich zutreffend. — Auch im übrigen (zu §§ 401, 404, 406) fehlt es nicht an wichtigen Einzelfällen. —

Literatur: Brückmann, Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB. Kann sich auch ein Dritter darauf berufen? Kann und in welcher Weise kann eine verbotswidrige Zession geheilt werden? SeuffBl. **06** 437—442. — Ders., Grundbegriffe des Genossenschaftsrechts. Zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Gesellschaftsrecht, ABürgR. **28** 223—270, insbes. 264 ff. — Eccius, Rechtsstellung des Zessionars und des Schuldners nach § 407 Abs. 2 BGB., GruchotsBeitr. **50** 489—494. — Simonsohn, Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB. Ein Beitrag zu den Lehren von der Aufrechnung und der Abtretung. (Mit Bemerkungen von Eccius, ebenda 244—254.) — Vogel, Steht dem abtretenden Gläubiger, welcher „für Güte und Einbringlichkeit" haftet, wenn für die abgetretene Forderung Bürgschaft geleistet ist, gegenüber der Klage des neuen Gläubigers die Einrede der Vorausklage des Bürgen zu? BayRpflZ. **06** 161—162. — Weidemann, Sicherungen im Lombardverkehr. II. Insbes. das fiduziarische Geschäft, BankA. 5 176 ff. — Ders., Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte, DJZ. **06** 1000 ff.

§ 398. 1. Allgemeines. a) Abtretung von Auseinandersetzungsansprüchen. *Brückmann, ABürgR. **28** 264 ff., beschäftigt sich mit einigen praktischen Zweifelfragen, die sich bei Abtretungen von Auseinandersetzungsansprüchen ergeben, deren Eigenart darin besteht, daß sich ihr bestimmter Inhalt erst aus Anlaß eines gewissen zukünftigen Ereignisses herausstellt. Er führt aus: Abgetreten wird lediglich, was dem Betreffenden bei der Auseinandersetzung zukommt. Der Inhalt des zedierten Anspruchs kann sich also nicht verändern. Eine einheitliche Summe bildet den Gegenstand des Guthabens in jedem Zeitpunkte seiner Entwickelung. Wie aber, wenn die Beteiligten den faktischen, ökonomischen Wert des Guthabens, den realen, pekuniären Inhalt des Auseinandersetzungsanspruchs bei der zu Deckungszwecken geschehenden Zession berücksichtigen wollen? Im Zweifel ist dann anzunehmen, daß die Abtretung des Guthabens nicht an Erfüllungsstatt geschah, sondern zum Zwecke der Einziehung. Dann wäre der Gläubiger-Zessionar verpflichtet, das seine Forderung an den Schuldner-Zedenten übersteigende Plus an diesen abzuführen; doch tritt jedenfalls ein voller Übergang des ganzen Guthabens auf den Zessionar ein, indem gleichzeitig die Zession ihren Charakter als Sekuritätszession, als fiduziarische Abtretung offenbart. Doch ergreift dieser fiduziarische Charakter nicht das ganze Guthaben seinem vollen Umfang und Inhalt nach, sondern erst an dem Punkte, wo das Guthaben über die Forderung des gläubigerischen Zessionars hinauswächst. — Möglich ist ferner, daß das Guthaben an Erfüllungsstatt ab-

getreten, insbesondere verkauft wird. Dann findet § 437 Abs. 1 Anwendung. — Schließlich ist denkbar, daß die Abtretung eines Auseinandersetzungsanspruchs bis zu einer bestimmten Höhe geschieht, daß abgetreten wird der Anspruch auf einen Teil des Ergebnisses. Dann bleibt der Abtretende überhaupt Gläubiger und Eigentümer des über den abgetretenen Betrag hinausgehenden Teiles. **b)** Abtretung bei negativen Obligationen. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 312. Die negative Obligation verträgt grundsätzlich einen Gläubigerwechsel nicht. Es gibt jedoch Fälle, wo das denkbar ist, insbesondere dann, wenn der Gläubiger sich die Unterlassung im Hinblick auf ein bestimmtes Verhältnis, in dem er zu einer Sache oder einem Geschäfte steht, hat versprechen lassen. Ist dieses Verhältnis übertragbar, so ist die negative Forderung mit ihm übertragbar, aber sie ist auch nur mit diesem, nicht für sich allein übertragbar. Die Übertragung eines Geschäfts schließt regelmäßig die des Anspruchs aus einer Konkurrenzklausel gegen einen Angestellten mit ein. **c)** Mehrfache Abtretung. Riezler, ACivPr. **98** 412 (s. näheres o. zu §§ 241 ff. Ziff. 6). Wird dieselbe Forderung vom Vertreter und vom Vertretenen gleichzeitig an verschiedene Personen abgetreten, so sind die beiden Abtretungen nichtig. Den beiden (Pseudo)-Zessionaren — den zahlenden Schuldner schützt § 409 — bleibt der Zedent haftbar nach Maßgabe des obligatorischen Kausalverhältnisses.

2. Allgemeines. (Aus der Rechtsprechung). **a)** Aufhören des Gläubigerrechts. S. JDR. **3** § 398 Ziff. 1a, **4** Ziff. 1a. α. SächsOLG. **27** 276 (Dresden). Durch die Abtretung tritt der Zessionar dergestalt als Gläubiger an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers, daß der bloße Widerspruch des letzteren die Auszahlung des ursprünglich für ihn hinterlegten Geldes an den durch Vorlegung der vom Zedenten ausdrücklich als echt anerkannten Abtretungsurkunde legitimierten Zessionar nicht mehr hindern kann. Der Zedent hätte vielmehr zu diesem Zwecke einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwirken müssen. (Vgl. §§ 8, 109 Abs. 2 SächsAGBGB. v. 15. 6. 00.) β. OLG. **12** 257 (Dresden). Nach Abtretung der dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung kann der Schuldner (Zedent) auch mit Genehmigung des Zessionars die Forderung nicht mehr nach § 387 zur Aufrechnung verwenden, da ihm die Leistung nicht mehr geschuldet wird. Ebenso ist der Zessionar zur Aufrechnung nicht befugt, wenn nicht er, sondern sein Zedent Schuldner der Forderung ist, gegen die aufgerechnet wird. Vgl. näheres hierüber dieselbe E., o. zu §§ 387, 388 Ziff. 8 f. γ. **RG.** BayRpflZ. **06** 81, R. **06** 934. Dadurch, daß der Zedent sich weitere Übertragung eines Rechtes unbefugt vorbehalten hat, wird die innerhalb rechtmäßiger Grenzen bleibende Abtretung nicht ungültig. δ. OLG. **12** 258, R. **06** 616 (KG.). In dem Vertrage, durch welchen der Gläubiger die Verfügung über seine Forderung einem Dritten überträgt, liegt eine Abtretung der Forderung. Ist diese Verfügung demnächst erfolgt und erweist sie sich noch jetzt wirksam, indem in einem anderen Prozeß der Dritte die abgetretene Forderung gegen die dort eingeklagte Forderung des jetzigen Beklagten aufgerechnet hat, so ist das Klageverlangen des Zedenten infolge der nach Klagerhebung erfolgten Abtretung unberechtigt. **b)** Formlosigkeit der Abtretung. S. a. JDR. **3** Ziff. 1c. α. **RG.** BadRpr. **06** 244. Die Abtretung einer Forderung bedarf regelmäßig keiner Form. Die Ausstellung einer Abtretungsurkunde ist — mangels schriftlicher Anzeige seitens des Zedenten an den Schuldner — nur erforderlich, damit der neue Gläubiger wirksam kündigen und mahnen bzw. unter Aushändigung der Urkunde Zahlung fordern kann. Hinsichtlich des Abtretungswillens ist zu prüfen, ob, mag auch von einer Abtretung der Forderung zwischen den Beteiligten nicht ausdrücklich die Rede gewesen sein, nicht ihr gesamtes Verhalten die übereinstimmende Absicht ergibt, daß die Forderung habe übertragen werden

sollen. β. HessRspr. 7 26 (Darmstadt). Die Abtretung findet grundsätzlich formlos statt. Nur auf Verlangen hat der Zedent dem Zessionar eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen.

3. Abtretung künftiger Forderungen. S. JDR. **1** §§ 398 Ziff. 3, 399 Ziff. 3, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2. *Brückmann, ABürgR. **28** 259 ff., hält die Praxis des RG. nicht für unzweifelhaft und untersucht deshalb die Natur der „zukünftigen" Ansprüche. ZPO. (§§ 259, 916 Abs. 2, 257, 258), KO. (§§ 3, 65), HGB. (§§ 559, 571, 765 Abs. 2 usw., insbes. §§ 158, 163), geben keinen Aufschluß. Es ist bis auf weiteres die Einreihung des betagten Anspruchs unter die Kategorie der zukünftigen Ansprüche mit der herrschenden Lehre abzulehnen. In dem Anspruch aus BGB. § 717 Satz 2, HGB. §§ 135, 357, dem Genossenschaftsguthaben u. dgl. handelt es sich um gegenwärtige Ansprüche, deren Eigenart darin besteht, daß sich ihr bestimmter Inhalt erst aus Anlaß eines gewissen zukünftigen Ereignisses herausstellt.

4. Fiduziarische Abtretung. Vgl. JDR. **1** §§ 398, 399 Ziff. 6, **2** § 117, Ziff. 2, § 398 Ziff. 3, **3** § 117 Ziff. 1, § 398 Ziff. 3, **4** § 398 Ziff. 3. **a)** Begriff. Allgemeines. S. insbes. JDR. **2** Ziff. 3a, **3** Ziff. 3a, **4** Ziff. 3a. α. Weidemann, Sicherungen im Lombardverkehr. II. Insbesondere das fiduziarische Geschäft, a. a. O., bespricht Begriff und Wesen der fiduziarischen Zession, besonders im Anschluß an die bekannte RGJudikatur und gibt Details über die Rechtsübertragung, über den Zustand bei übertragenem Rechte, über die Endigung des Verhältnisses und über die Verwertung des Sicherungsobjekts. Folgendes sei hervorgehoben: αα. Die Gestaltnng des fiduziarischen Geschäfts, des neben dem dinglichen Übertragungsvertrage abgeschlossenen obligatorischen Nebenvertrags, ist die: Nach außen hat der Fiduziar die Stellung des Eigentümers bzw. Gläubigers. Der Gegenstand scheidet juristisch aus dem Vermögen des anderen Teiles aus. Aber wirtschaftlich „gehört" er noch dem Schuldner. Der Fiduziar ist bloß Berechtigter geworden, damit er gesichert sei; fällt der Sicherungszweck fort, wird er zu einem bloßen Rechtsträger für den früheren Schuldner und hat diesen auch wieder zum juristischen Inhaber des Rechtes zu machen. ββ. Die Form, die das Recht für die Übertragung aufstellt, muß genau beobachtet werden. Wichtig sind vor allem die Übertragung der Rechte aus einer Lebensversicherungspolize. γγ. Im Konkurse des Fiduziars hat der Zedent ein Aussonderungsrecht (da ihm der Gegenstand wirtschaftlich „gehört", vgl. § 43 KO.), falls die Schuld vor Ausbruch des Konkurses getilgt war, sonst hat er das Recht, durch Zahlung der Schuldsumme die auflösende Bedingung (Erlöschen der Forderung), unter der der Fiduziar berechtigt ist, zur Existenz zu bringen. Im Konkurse des Zedenten hat der Fiduziar dem Verwalter Anzeige von den fiduziarisch detinierten Gegenständen zu machen und seine Forderung in Analogie des Absonderungsrechts als Ausfallsforderung anzumelden. δδ. Die Endigung des Verhältnisses tritt nie kraft Gesetzes, sondern kraft ordnungsmäßigen Rechtsübertragungsakts ein. εε. Wenn der Wert des Sicherungsgegenstandes objektiv nicht feststeht, so hat angemessene Verwertung durch sachgemäße Abschätzung oder sachgemäßen Verkauf nach vorheriger Aufforderung des Schuldners zur Zahlung oder Einlösung stattzufinden. Übertragung der Werte an Dritte ohne Einwilligung des Zedenten ist unstatthaft. β. Weidemann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte, DJZ. **06** 1000 ff. An dieser Stelle führt Weidemann besonders folgendes aus: αα. Der Satz, daß der Fiduziar die ihm übertragenen Werte ohne Einwilligung des Zedenten nicht abtreten darf, beruht auf der Mandatsnatur des fiduziarischen Geschäfts (vgl. RG. **59** 191, JW. **05** 43; JDR. **4** Ziff. 3a u. ζ); nach § 644 darf die Ausführung im Zweifel nicht an Dritte übertragen werden. Auch

aus dem Treucharakter des Verhältnisses folgt dasselbe. § 401 enthält keine Gegenargumente. ββ. Hinsichtlich der Frage, was über die Berechtigung bzw. Verpflichtung des Fiduziars zur Verwertung des Haftobjektes gilt, kritisiert er die Entsch. d. RG. JW. **05** 291. Der Fiduziar ist zur Wahrung aller Interessen des Zedenten verpflichtet, er muß auch dafür sorgen, daß durch sein Verhalten im Versteigerungsverfahren der Zedent nicht Schaden erleide. Er muß also in den Fällen, die dem Tatbestand jenes Urteils entsprechen, die Grundschuld in voller Höhe liquidieren, indem er hierbei, was den valutierenden Teil der Grundschuld anlangt, in rem suam handelt, und was den nicht valutierenden Teil betrifft, als eine Art Inkassomandatar für den Grundstückseigentümer fungiert. γ. Über die Unzulässigkeit der Spaltung einer Forderung in materiellen und formellen Übergang des Rechtes auf den Zessionar und des beim Zedenten verbleibenden Rechtes zur Einklagung s. RG. JW. **05** 718 Ziff. 8 — JDR. **4** Ziff. 3 zu a bei ε — jetzt auch BadRpr. **06** 61, ElsLothJZ. **06** 100, R. **06** 48. Im gleichen Sinne betreffend das Inkassomandat: RG. **63** 214, R. **06** 857. Die Überweisung zur Einziehung steht der Abtretung, durch die die Forderung selbst übertragen wird, nicht gleich. Sie ermächtigt nur denjenigen, dem sie erteilt ist, zur Geltendmachung des überwiesenen Anspruchs.

b) Wirkungen. Verhältnis zum Scheingeschäft. S. JDR. **2** Ziff. 3c, **3** Ziff. 3b, c, **4** Ziff. 3b, c. α. RG. RheinA. **103** II 243, PuceltsZ. **06** 305. Es liegt keine Scheinzession vor, wenn nach der der Abtretung zugrunde liegenden Vereinbarung die Abtretung nur nach außen unbeschränkt wirken, unter Zedent und Zessionar aber das Forderungsrecht selbst nicht mitumfassen soll. Nur bei dem Vorliegen eines besonderen rechtlichen Interesses braucht der Schuldner sich das Auftreten eines anderen als des bisherigen Gläubigers, auch nur als Prozeßpartei, nicht gefallen zu lassen. Ein derartiges Interesse ist in dem prozessualen Interesse, zu verhindern, daß der Zedent Zeuge sei und der Zessionar den Überzeugungseid leiste, nicht zu finden. β. SächsRpflA. **06** 429, R. **06** 1256 (Dresden). Ein Abkommen zwischen dem Abtretenden und dem Forderungserwerber des Inhalts, daß zwar die Gläubigerrechte auf diesen übergehen sollen, der Zedent aber weiter als Gläubiger nach außen hin gelten solle, ist gültig; es kann dem klagenden Zedenten nicht die Einrede mangelnder Aktivlegitimation entgegengesetzt werden. γ. SächsRpflA. **06** 14, R. **06** 853 (Dresden). Die Abrede, daß der Zessionar dem Schuldner gegenüber als der berechtigte Gläubiger gelten solle, die Forderung aber trotzdem nicht in sein Vermögen übergehen, sondern dem Zedenten zustehen und dieser zur Verfügung über sie dem Zessionar gegenüber auch fernerhin befugt sein solle, ist keine Scheinzession. δ. OLG. **13** 402 (Dresden). Die Abrede, welche den neuen Gläubiger verpflichtet, die abgetretene Forderung beizutreiben und den Erlös, soweit er seinen eigenen Anspruch überschreitet, dem Abtretenden herauszugeben, berührt die Wirksamkeit der Abtretung in keiner Weise, diese bleibt wirkliche Verfügung und stellt sich durchaus nicht als Scheinzession dar. Wie sich der neue Gläubiger mit dem Abtretenden auseinandersetzt, kann dem Schuldner gleichgültig sein. Eine andere Frage ist, ob einem Gläubiger, der die Forderung ganz oder teilweise als Treuhänder erworben hat, der § 405 zugute kommt.

c) Der Zedent als Zeuge. S. JDR. **2** Ziff. 3d, **4** Ziff. 3d. α. RG. SächsRpflA. **06** 526. Das vom OLG. beobachtete Überhandnehmen der Prozesse, in denen Zessionare klagen und ihre Zedenten als Zeugen benennen, bietet besondere Veranlassung, den Beweiswert solcher Zeugenaussagen in jedem einzelnen Falle auf das genaueste zu prüfen. Daß die Parteien bestrebt sind, ihre Beweislage zu verbessern, ist an sich begreiflich. Sache des Richters ist es, zu verhüten, daß durch das Mittel der Abtretung eine ungerechtfertigte Verkehrung der Beweislast

herbeigeführt wird. Im allgemeinen wird der Aussage eines Zedenten nur Gewicht beigelegt werden können, dafern sie in anderen Umständen eine wesentliche Stütze findet. ß. **RG.** BayRpflZ. **06** 442. Die Abtretung einer Forderung zu dem Zwecke, den Zessionar dem Schuldner gegenüber zur Einklagung der Forderung zu legitimieren, ist nach dem BGB. nicht wirkungslos. Nach § 409 ist der Schuldner berechtigt, den als Zessionar auftretenden Gläubiger als Gläubiger anzusehen, und das Ergebnis des Rechtsstreits wirkt gegen den Zedenten wie gegen den Zessionar. Deshalb ist der als Zeuge auftretende Zedent nach § 393 Ziff 4 ZPO. zu behandeln. Seine Vereidigung steht im Ermessen des Gerichts. Vgl. § 393 Abs. 2 ZPO.

5. Aus der Rechtsprechung. **a)** Anspruch auf Auflassung. S. IDR. **1** §§ 398, 399 Ziff. 5, **2** Ziff. 6 d. ElsLothNotZ. **06** 154 (Colmar). Die Abtretung des in notarieller Urkunde eingeräumten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück unterliegt nach § 398 keinem Bedenken. Auf Grund der in der notariellen Abtretungsurkunde gleichzeitig erklärten Auflassung muß der Erwerber in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden. **b)** Sparkassenguthaben. Vgl. IDR. **3** Ziff. 6 d, **4** Ziff. 1 d. α. **RG.** PosMschr. **06** 4. In der Erklärung: „Das will ich Ihnen schenken" in Verbindung mit der Hingabe des Sparkassenbuchs liegt eine Abtretung des Sparkassenguthabens; denn der Übertragungswille kann sich verständigerweise nicht lediglich auf das Buch als einen körperlichen Gegenstand bezogen, sondern muß auch die durch das Buch verbriefte Forderung an die Sparkasse mitumfaßt haben. ß. SächsOLG. **27** 440 ff. (Dresden). Ist der Gegenstand einer Schenkung die Abtretung einer Forderung (Sparkassenbuch), so liegt in der zufolge Auftrags des Schenkenden erfolgten Übergabe und Annahme des Einlagebuchs der Abschluß des zum Übergange der Forderung erforderlichen Abtretungsvertrags. **c)** Übertragung der dem Wechsel zugrunde liegenden Forderung bei Begebung des Wechsels. PucheltsZ. **06** 91 (Colmar). Weder nach italienischem noch nach deutschem Rechte geht durch die bloße Indossierung und Begebung eines auf den Schuldner gezogenen und in der Folge nicht akzeptierten Wechsels die ihm zugrunde liegende zivilrechtliche Forderung ohne weiteres auf den Indossatar über (vgl. **RG. 39** 372). Der Übergang der zivilrechtlichen Forderung muß durch einen Nebenvertrag bei Begebung des Wechsels vereinbart werden. Da ein solcher zwischen Italienern in Italien geschlossener Vertrag, wenn er eine in Deutschland von einem Deutschen zu zahlende Forderung betrifft, nach deutschem Rechte zu beurteilen ist (vgl. darüber dieselbe Entsch. zu Art. 11 EGBGB.), so wird der Forderungsübergang auch ohne Anzeige an den debitor cessus wirksam, trotz gegenteiliger Vorschrift des italienischen Rechtes. (Das Vorliegen eines solchen Abtretungsvertrags wird aus folgenden tatsächlichen Gründen verneint: Die gleichzeitige Abtretung der zugrunde liegenden Forderung bei Begebung des Wechsels ist bei uns im Gegensatze zu Frankreich überhaupt ungebräuchlich. Während dort der Wechsel mehr die Natur eines Einziehungsmittels hat, erscheint er bei uns (wie in Italien) als selbständiger, von seiner Kausa losgelöster Träger von Rechten. Sehr unwahrscheinlich ist ferner die bloß mündliche Abtretung einer hohen Forderung von 14 420 M. (nur solche ist behauptet), zumal als Zweck der Abtretung erhöhte Sicherheit des Indossatars angegeben wird. Auch die Unterlassung der Bekanntgabe an den debitor cessus wäre aus dem gleichen Grunde unerklärlich, da ohne sie der gutgläubige Schuldner sich durch Zahlung befreit. Liegt also kein dinglicher abstrakter Übertragungsvertrag vor, so kann es sich nur um einen obligatorischen Dritten gegenüber wirkungslosen Vorvertrag handeln mit der Verpflichtung des Zedenten, bei Eintritt gewisser Ereignisse die dingliche Übertragung nach § 398 vorzu-

nehmen.) **d**) Ansprüche aus Anweisung und Scheck. OLG. **12** 47 (Hamburg). Wenn in einer Zession, durch welche die Ansprüche aus einer Anweisung und aus einem Scheck übertragen werden, der Grund mitgeteilt wird, weswegen der Schuldner dem Zedenten den Scheck gegeben hat — nämlich als Anzahlung auf die für den Schuldner übernommenen Maurerarbeiten —, so liegt in dieser Mitteilung keinesfalls eine Abtretung auch der dem Scheck zugrunde liegenden Ansprüche an sich. **e**) Pachtzinsanspruch. PosMschr. **06** 139, R. **06** 1375 (Königsberg). Die vom Zessionar eines Pachtzinsanspruchs an den Pächter gerichtete Zahlungsaufforderung ist nicht geeignet, das Exmissionsrecht des Verpächters zu begründen, das diesem im Pachtvertrage für den Fall eingeräumt ist, „daß der Pächter eine Pachtzinsrate nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Fälligkeitstage trotz vorheriger Aufforderung zahlt". **f**) Haftung für Verjährung. R. **06** 559, DJZ. **06** 489 (KG.). Der Auftraggeber eines Inkassoinstituts, welcher Garantie für die Richtigkeit der Forderung übernimmt, verspricht damit nicht, daß diese unverjährt sei. Derartige Institute rechnen damit, daß den ihnen überwiesenen Forderungen seitens der Schuldner alle nur irgend möglichen Einwendungen, sogar unberechtigte, entgegengesetzt werden. Mit dem Einwande der Verjährung muß ein Inkassoinstitut ganz besonders rechnen.

6. Örtliches Recht. **a**) BöhmsZ. **06** 331, R. **06** 379 (Hamm). Ist der Anspruch aus einem nach holländischem Rechte zu entscheidenden Werkvertrag abgetreten, so ist auch die Frage, ob die nach der Abtretung an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung den Schuldner befreit hat, von dem deutschen Richter nach holländischem Rechte zu entscheiden. Die Voraussetzungen des Art. 30 EGBGB. für den Ausschluß des holländischen Rechtes liegen nicht vor. **b**) OLG. **13** 402, R. **07** 125 (KG.). Hinsichtlich der Form der Zession kommt das Recht des Ortes zur Anwendung, wo die Zession vorgenommen wurde.

7. Kreditreform. Heilborn, Die Buchforderungen als Kreditunterlage, BankA. **5** 181 ff. Es wird eine Reform der Kreditgewährung vorgeschlagen, die bis jetzt in Deutschland — abgesehen von Lombardierung und Hypothekbestellung — vor allem durch Diskontierung von Kundenwechseln geschieht. Ein in Österreich-Ungarn übliches Kreditsystem besteht in der Kreditgewährung auf Grund von Buchforderungen. Dies hat den Nachteil, daß der Kreditgeber (das Bankhaus) erst dann gesichert ist, wenn der Schuldner von der Zession der Buchforderung an den Bankier Kenntnis hat (§§ 410, 407). — Eine die Kenntnis herbeiführende Benachrichtigung des Schuldners will man aber im Geschäftsleben möglichst vermeiden, da es ihm sehr unangenehm ist, mit einem neuen Gläubiger zu tun zu haben. Heilborn schlägt daher vor, daß der Bankier auf die Forderungen des Lieferanten Darlehen bis zur Höhe von etwa drei Vierteln des Nennwerts gewährt, sich über die Abtretung eine Urkunde ausstellen läßt, von einer Verständigung des Schuldners aber absieht. Bei dem entwickelten Giroverkehr wird die Zahlung an den Bankier für den — an sich nicht dazu verpflichteten — Schuldner eine Erleichterung bedeuten. Es wird dann noch ausgeführt, auf welche Weise der Bankier sich dem Lieferanten gegenüber sichern soll.

§ 399. 1. Dogmatisches. **a**) Binder, Der Gegenstand, GoldschmidtsZ. **59** 20 Anm. 35, bekämpft Sohm, Gegenstand 188 Nr. 15, nach welchem der § 399 da überflüssig sein soll, wo der aus dem Wesen des Anspruchs sich ergebende Inhalt des Rechtes durch die Abtretung geändert werden würde, in diesen Fällen überhaupt kein Forderungsrecht, sondern ein personenrechtlicher Anspruch vorliegen soll (Ansprüche aus der Mitgliedschaft als solcher bei Vereinen und Gesellschaften, aus dem Auftrag und Dienstverhältnis, Anspruch aus §§ 1300, 1632, 1613—1615 bis zur Rechtshängigkeit). Nach Binder kann ein personenrechtlicher Anspruch dadurch, daß er rechtshängig wird, nicht zu einem vermögens-

rechtlichen werden. Der Anspruch ist zunächst ein höchst persönliches Vermögensrecht. Anders, wenn der Berechtigte den Entschluß, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, manifestiert hat. Dadurch streift er seinen höchst persönlichen Charakter ab und wird zu einem fungiblen Vermögensrecht. § 399 bezieht sich also (vgl. Planck Anm. 1, Oertmann Ziff. 1d) auch auf derartige Fälle. **b**) *Brückmann, SeuffBl. **06** 437 ff. Ist die Abtretung einer Forderung untersagt, so kann sich auch ein Dritter einem anderen Dritten gegenüber auf das Vertragsverbot berufen. Die Nichtabtretbarkeit ist der Forderung durchaus immanent. Sie ist von vornherein als eine unabtretbare entstanden. Diese Unabtretbarkeit kann beseitigt werden durch Vertrag, — aber auch nur durch Vertrag, nicht etwa durch einfache Zustimmung des Schuldners. Regelmäßig liegt jedoch in der verbotswidrigen Zession des Gläubigers gleichzeitig der zum Aufhebungsvertrag erforderliche „Antrag" an den Schuldner mitbeschlossen. Dieser Antrag (§§ 145 ff.) wird mit der Geltendmachung der Forderung dem Zessus von dem Zessionar übermittelt. Erfolgt nun die Zustimmung (Genehmigung) des Schuldners, so ist die Abtretung von Anfang an wirksam; wird sie nicht erteilt, so ist sie wirkungslos. Die praktische Folge dieser „Antragstheorie" besteht vor allem darin: daß der Gläubiger, der eine verbotswidrige Abtretung vorgenommen hat, so lange widerrufen kann (§ 130 Abs. 1 Satz 2), als nicht der Schuldner den in dieser Abtretung liegenden Antrag angenommen hat. Eine besondere Erscheinungsform dieses nachträglichen „Bereuens" des Gläubigers stellt die mehrfache verbotswidrige Abtretung dar. Indem er die gegen das Verbot abgetretene Forderung nochmals abtritt, nimmt er den in der ersten liegenden Antrag auf Zustimmung zurück und stellt mit der zweiten einen neuen an seinen Schuldner. Dieser kann nur die spätere Zession genehmigen. **c**) *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 608. Da die Unübertragbarkeitsklausel kein Sicherungsrecht, sondern nur die Eigenschaft eines Rechtes enthält, so ist sie nicht selbständig eintragungsfähig. Sie kann aber durch Bezugnahme auf die Bewilligung gemäß § 874 BGB. offenkundig gemacht werden.

2. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern. S. JDR. **1** Ziff. 8 Abs. 2, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1. **a**) Die Abtretbarkeit verneinen: α. Heilborn, ZBlFG. **6** 612/3, gegen das LG. Breslau (s. §§ 851, 857 ZPO.). β. FrankfRundsch. **39** 259, R. **06** 857 (Frankfurt). Das Wesen der auf „Hergabe von Baugeld" gerichteten und hierdurch als Forderung aus dem Baugeldvertrage gekennzeichneten Forderung besteht darin, daß dem Empfänger außer der bei jedem Darlehnsvertrag bestehenden Verpflichtung zur Rückzahlung auch weiterhin die Verwendung in einen Bau obliegt, durch dessen Herstellung der Darlehnsgeber eine Pfandsicherheit für das Darlehen erhalten soll. Aus dieser besonderen Natur des Baugeldvertrags folgt, daß die Abtretung des Anspruchs des Baugeldnehmers an einen mit der Pflicht zur fraglichen Verwendung des Geldes nicht belasteten Dritten nur unter Veränderung des Inhalts der Leistung erfolgen und deshalb auch als durch stillschweigende Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen angesehen werden kann. Hinsichtlich der Pfändbarkeit vgl. § 851 Abs. 2 ZPO. γ. OLG. **13** 211 (KG.). Der Anspruch auf Zahlung von Baugeldern gegen eine Hypothekenbank ist nicht übertragbar, weil die der Darlehnsgeberin obliegende Leistung an einen anderen als den Darlehnsempfänger, ihren Gläubiger, nicht ohne Veränderung des Inhalts der Leistung erfolgen könnte. Vgl. zu § 851 ZPO. **b**) Die Abtretbarkeit bejaht: LG. München I, SeuffBl. **06** 659, Justd.Rundsch. **06** 76. Die Pfändung des Anspruchs des Baumeisters auf Auszahlung von Baudarlehen ist an sich nicht unzulässig. Die für die Unzulässigkeit angestellte Erwägung (SeuffA. **57** Nr. 185 [Dresden]), daß die Zwangsvollstreckung mit Rücksicht auf den Zweck des gepfändeten Darlehens niemals

zum Ziele führen könne, daher die Pfändung nur als Schikane zu erachten sei, ist nicht allgemein zutreffend. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, daß der Baumeister aus eigenen Mitteln den Bau soweit fertig stellt, daß durch die Zahlung der einen oder anderen Baugeldrate an ihn und durch Verwendung des Geldes für sich der Darlehnszweck nicht alteriert würde. Dann kann auch der Gläubiger Pfändung und Auszahlung der Raten in Anspruch nehmen. Dem Drittschuldner muß es überlassen bleiben, seine Einwendungen gegen die vom Gläubiger auf Grund des Pfändungsbeschlusses erhobenen Ansprüche geltend zu machen. Vgl. in dems. Sinne: Staudinger II 9 c β zu § 607, Friedländer, SeuffBl. **04** 206 ff. — s. IDR. **3** Ziff. 1, — BayRpflZ. **05** 205 (München) und **RG.** ebenda 511 (1. 5. 05), — vgl. IDR. **4** Ziff. 1b zu β — ZBlFG. **6** 612 (LG. Breslau).

3. Verhältnis zu § 1274. KGBl. **06** 109 (KG.). Wenn die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist, so gehört das betr. Recht (§ 413) nicht zu den unübertragbaren Rechten im Sinne des § 1274. Vielmehr ist dann § 399 (und demgemäß § 851 Abs. 2 ZPO.) maßgebend. (Unübertragbarkeit kraft Vereinbarung liegt bei dem Geschäftsanteil an einer GmbH. vor, dessen Abtretung nach dem Gesellschaftsvertrage von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht wird.)

4. Darlehnsversprechen. OLG. **13** 422 (Braunschweig). Ein Darlehnsversprechen ist der Zession nicht fähig. Dies galt schon nach den Rechtssätzen des gemeinen Rechtes, auf denen § 399 fußt. Da Darlehnsversprechen in ganz besonderem Maße mit Rücksicht auf die Person des Empfängers und dessen Kreditwürdigkeit erteilt zu werden pflegen, würde die Abtretbarkeit dem offenbaren Willen der Parteien widersprechen und den Inhalt der Schuld im allgemeinen wesentlich verändern.

5. Teilabtretungen. R. **06** 48 (Celle). Wenn sich ein Gastwirt gegen Empfang eines Darlehens verpflichtet hat, vier bestimmte Biersorten zu führen und das Darlehen durch Zahlung eines Aufgeldes auf das Bier zu tilgen, so ist die Abtretung auf den Bezug von je einem der Biere an zwei verschiedene Personen unzulässig. Da der Bierpreis an den Zessionar hätte gezahlt werden müssen, während das Aufgeld an den Zedenten zu entrichten sein würde, würde die Abtretung eine Erschwerung der Zahlungsweise bewirken, die für den Schuldner in Wahrheit eine Änderung des Inhalts seiner Verpflichtung bedeutete. — Bestätigt vom **RG.** R. **06** 1256, weil Teilabtretungen nur zulässig sind, wenn nach dem Vertragsinhalt die dem Schuldner obliegende Leistung teilbar ist. Dies ist hier zu verneinen.

§ 400. R. **06** 681 (Colmar). Die Unübertragbarkeit einer nach § 850 Abs. 3 ZPO. unpfändbaren Geldrente ist zwingenden Rechtes. Sie kann deshalb nicht bloß von dem Zedenten, sondern auch von dem Drittschuldner dem Zessionar entgegengehalten werden.

§ 401. 1. Anspruch auf Gewährleistung. S. IDR. **4** Ziff. 1. **a)** Vogel, BayRpflZ. **06** 161 f. Dem abtretenden Gläubiger, welcher „für Güte und Einbringlichkeit“ haftet, steht, wenn für die abgetretene Forderung Bürgschaft geleistet ist, gegenüber der Klage des neuen Gläubigers die Einrede der Vorausklage des Bürgen nicht zu. **b)** RheinA. **102** I 192 (Cöln). Im Gegensatz zur Bürgschaft geht das Garantieversprechen nach § 438, da es nicht Nebenrechte der Forderung, sondern selbständige Rechte erzeugt, bei einer ferneren Abtretung auf den Zessionar nicht ohne weiteres, sondern nur kraft besonderer Vereinbarung über. Vgl. § 438. **c)** **RG.** R. **06** 800 s. bereits IDR. **4** Ziff. 1.

2. Übergang der Forderung und Nebenrechte bei Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den nicht persönlichen Eigentümer.

RheinA. **103** I 19 (Cöln). Befriedigt der nicht persönlich haftende Eigentümer die aus Wechselverbindlichkeiten entstandene Hypothekenforderung, so geht zwar auf ihn die dem Hypothekengläubiger gegen den persönlichen Schuldner zustehende Forderung über; nicht aber werden als Nebenrechte gemäß § 401 die Rechte des Hypothekengläubigers gegen die anderen Wechselverpflichteten durch die Zahlung mitübertragen. (Vgl. auch u. § 426 Ziff. 7.) Auf den Übergang der dem Hypothekengläubiger gegen den persönlichen Schuldner zustehenden Forderung findet § 403 Anwendung. Die hiernach auszustellende Urkunde über die Abtretung kann jedoch nicht in der Form eines Indossaments ausgestellt werden, da hierdurch der Eigentümer Wechselrechte gegen die Vormänner des persönlichen Schuldners erhalten würde, die ihm nicht zustehen. Der Hypothekengläubiger muß ihm auch die Wechsel, da sie zum Beweise der Forderung dienen, aushändigen (§ 402).

3. Recht aus § 648. OLG. **12** 82 (Celle). Daß das Recht aus § 648 mit zu denjenigen hat gerechnet werden sollen, auf die wegen ihrer Eigenschaft als höchstpersönlicher Rechte die Vorschrift des § 401 nicht passe, geht weder aus dem Wortlaut und Zwecke des § 648, noch aus der Fassung des § 401 hervor. Da durch die ausdrückliche Anführung der Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaft die analoge Anwendung der Vorschrift nicht hat ausgeschlossen werden sollen, ist die Anwendung auf das Recht aus § 648 zulässig und durch den Zweck dieser Vorschrift geboten. Vgl. u. zu § 648 Ziff. 3.

§ 402. 1. Vgl. RheinA. **103** I 19 (Cöln) o. zu § 401 Ziff. 2.

2. Über die Auskunftspflicht des Gläubigers, wenn ein ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner ihn befriedigt, vgl. OLG. **12** 261 (Hamburg), u. zu § 426 Ziff. 9.

§ 403. Vgl. RheinA. **103** I 19 (Cöln), o. zu § 401 Ziff. 2.

§ 404. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 187. Die Vereinbarung des Grundstückseigentümers mit einem Nachhypothekar, daß ersterer ihm gegenüber persönlich verpflichtet sei, von der ihm zustehenden Eigentümergrundschuld nicht zu seinem Nachteil Gebrauch zu machen, kann auch den Gläubigern gegenüber eingewendet werden, welche die Eigentümergrundschuld nach der Vereinbarung haben pfänden und sich überweisen lassen. (Über die Wirkung des guten Glaubens vgl. u. zu § 892.)

2. Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen bei gegenseitigen Verträgen. **a)** OLG. **12** 47 (Breslau). Nach dem Sinne des § 404 kann dem Zessionar, welcher die abgetretene Forderung auf Bezahlung gelieferter Kosten geltend macht, auch die Forderung auf Ersatz des Schadens entgegengesetzt werden, den der Zedent durch Weigerung der weiteren Lieferung von Kohlen aus demselben Schlusse verursacht hat; denn, wenn sie auch erst nach der Abtretung ihre tatsächliche Grundlage, insbesondere auch ihre Gestaltung zu einem bestimmten Betrage erhalten hat, so liegt doch ihr rechtlicher Grund in dem Schuldverhältnisse; denn die Verpflichtung des Zedenten zur Lieferung der gesamten für das ganze Jahr benötigten Kohle war durch den Vertrag begründet, der ihm die Verpflichtung auferlegte, jede Verletzung des Vertrages, insbesondere durch Verzug zu unterlassen. Der Anspruch auf Unterlassung und der Anspruch aus ihr entsteht aber nach BGB. nicht erst mit dem Zuwiderhandeln, sondern schon mit Entstehung der Verpflichtung. Kann daher der Schuldner den Schadensersatzanspruch aus § 404 einwenden, so kann ihm diese Befugnis nicht durch § 406 wieder entzogen sein. Hierüber vgl. dieselbe E. u. zu § 406 Ziff. 2. — **b)** Ebenso *Simonson, GruchotsBeitr. **50** 244. Trotz § 406 BGB. kann der vom neuen Gläubiger auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Schuldner diesem gegenüber aufrechnen mit einer Schadensersatzforderung gegen den alten Gläubiger aus

Verweigerung der Weiterlieferung. Denn wenn auch die Gegenforderung später fällig geworden ist, so schließt dies doch nur die Aufrechnung erworbener Forderungen aus, und dazu gehören aus dem gegenseitigen Vertragsverhältnisse begründete nicht. c) Gegen Simonson: Eccius aaO. 252 ff. Das BGB. hat die Aufrechnung nicht als Einwendung oder Einrede, sondern als Rechtsgeschäft ausgestaltet, das dem Gläubiger gegenüber vorzunehmen ist. Zur Zeit der Abtretung kann also wohl die Einwendung einer bereits dem Abtretenden gegenüber rechtswirksam erklärten Aufrechnung begründet sein, nicht aber die Einrede einer Aufrechnung, die nicht nur noch nicht erfolgt ist, sondern z. Z. auch nicht erfolgen kann. Gerade darauf beruht ja die besondere Abgrenzung des Rechtes auf Aufrechnung gegenüber dem neuen Inhaber, die § 406 gibt, und die Auslegung dieses Paragraphen dahin, daß die spätere Fälligkeit der aufzunehmenden Forderung nur bei einer nach der Abtretung neuerworbenen Forderung die Aufrechnung ausschließen solle, wurde durch den Wortlaut des § 406 in klarer Weise ausgeschlossen. — Nur wenn eine Gegenforderung schon z. Z. der Abtretung ein Recht begründet, die Zahlung der abgetretenen Geldforderung, wenn sie jetzt geltend gemacht wird, zu weigern, wenn sie insofern im Sinne des Landrechts eine die abgetretene Schuld bedingende Pflicht des Zedenten in sich schließt, bleibt dieses Weigerungsrecht auch dann von Bestand, wenn die Gegenforderung, wegen deren die Leistung verweigert werden durfte, sich nachträglich zu einer fälligen Geldforderung gestaltet. Es tritt also in allen Fällen, in denen ein Einrederecht auf Grund einer Gegenforderung z Z. der Abtretung begründet ist, bei nachträglicher Umwandlung dieses Gegenrechts in eine kompensable Gegenforderung in der Tat eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatze des § 406 BGB. hervor. Insoweit also — aber auch nur insoweit — wird der Simonsonsche Rechtsgedanke anzuerkennen sein.

§ 406. 1. **RG. 61** 150. Der Pfändungs- und Überweisungsgläubiger, gegen dessen Klage auf Zahlung der Drittschuldner einwendet, daß die überwiesene Forderung zur Zeit der Überweisung nicht mehr Forderung des Schuldners, sondern an einen Dritten abgetreten war, kann nicht mit der Replik durchdringen, daß er inzwischen in einem anderen noch schwebenden Prozesse die Abtretung als zur Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners erfolgt angefochten habe. Dieser Anfechtungsanspruch ist zwar erhoben, aber noch nicht festgestellt, und bevor er festgestellt, ist der Gläubiger nicht aktiv legitimiert. Die Frage, ob die Forderung des Schuldners durch die Abtretung mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem Kläger aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist, kann nur in dem Rechtsstreit gegen den Dritten ausgetragen werden, nicht in dem jetzigen Rechtsstreit gegen den Drittschuldner, welcher Schuldner der Forderung, nicht Rechtsnachfolger des Zedenten oder des Dritten im Sinne des § 11 AnfG. ist, gegen welchen deshalb der Anfechtungsanspruch auch im Wege der Replik nicht erhoben werden kann. Der Gläubiger hätte die Anfechtung vor Erhebung der jetzigen Klage durchführen müssen. (Darüber, daß er die Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Anfechtungsklage nicht verlangen kann, vgl. § 148 ZPO.)

2. OLG. **12** 47, R. **06** 243 (Breslau). Gegenüber einer aus dem Rechtsverhältnisse der Forderung begründeten und zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung ist § 406 nicht anwendbar. Denn § 406 gilt nur für „erworbene“, d. h. selbständige Forderungen, die ihren Ursprung nicht in dem der Forderung des Gläubigers zugrunde liegenden Schuldverhältnisse haben. Eine derartige Forderung erwirbt man nicht, sondern sie entsteht ohne besonderen Erwerb aus demselben Vertrag, auf den sich die Forderung gründet, der sie entgegengehalten wird. Anderenfalls würde § 406 entgegen seiner Bestimmung die Stellung des

Schuldners nicht verbessern, sondern verschlechtern; denn nach § 404 kann der Schuldner eine derartige Forderung — z. B. die aus demselben Schuldverhältnis wie die Klageforderung stammende Schadensersatzforderung — entgegensetzen (vgl. o. zu § 404 Ziff. 2). Diese Befugnis kann ihm § 406 nicht wieder entziehen.

§ 407. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 313. §§ 407—09 sind auf das negative Forderungsrecht unanwendbar. Die Unterlassung kommt notwendig auch dem neuen Gläubiger zugute.

2. Eccius, Rechtsstellung des Zessionars und des Schuldners nach § 407 Abs. 2 BGB., GruchotsBeitr. **50** 489—494, behandelt folgende Fragen: Wenn der Schuldner befugt oder vielleicht auch verpflichtet ist, auf Grund der ihm nach der Klagezustellung kundgewordenen Tatsache, daß dem Kläger das Gläubigerrecht nicht mehr zukommt, die Abweisung des Klägers zu erreichen, — wie soll es denn kommen, daß das rechtskräftig gewordene Urteil auf Abweisung des Klägers dem Zessionar nicht entgegensteht? Oder wenn der Kläger selbst in der Überzeugung, mit der Klage ein ihm nicht mehr zustehendes Recht geltend zu machen, das Verhandeln der Sache unterläßt, wird das dann ergehende Versäumnisurteil auf Klagabweisung, wenn es rechtskräftig wird, der neuen Klage des Zessionars nicht ganz in derselben Weise entgegenstehen, wie wenn die Abweisung erfolgte, weil die Forderung nicht entstanden oder getilgt war? Daneben steht die Frage, ob nicht auch das Urteil, das dem Zedenten die Forderung zuspricht, gegen den Zessionar dahin wirksam ist, daß er es gelten lassen muß, daß die Forderung nun trotz der Zession wieder als eine rechtskräftig dem Zedenten zugesprochene Forderung diesem zusteht, — oder ob und wie er Geltung des Urteils für sich erlangen kann? (Erörterung im einzelnen s. aaO. 490 bis 494.)

3. Von der „Kenntnis" des Schuldners. S. insbes. IDR. **4** Ziff. 1a. **RG. 61** 245, SeuffA. **61** 440 Nr. 241, IW. **05** 641, R. **06** 293. Nur die Tatsache der wirklichen Kenntnis der erfolgten Abtretung auf seiten des die Leistung bewirkenden Schuldners begründet die Ausnahme von der im § 407 ausgesprochenen Regel. Es kann daher zur Anwendung der Schlußbestimmung des § 407 Abs. 1 nicht genügen, daß der Schuldner nur mit der Möglichkeit, daß die Forderung an einen neuen Gläubiger abgetreten sei, rechnen muß, daß er Zweifel darüber hegt, ob die Forderung noch dem bisherigen, oder einem neuen Gläubiger zustehe. Auf die Quelle, aus der der Schuldner seine Kenntnis der erfolgten Abtretung schöpft, kommt es nicht an. Über die verschiedene Wirkung der Anzeige des bisherigen Gläubigers und des neuen vgl. zu § 409 Ziff. 1.

4. § 407 u. die gerichtliche Überweisung. SeuffA. **61** 119, HansGZ. **06** Beibl. 1 (Hamburg). Die hier statuierte Befreiung des Schuldners, der in Unkenntnis der Zession an den Zedenten leistet, gilt nicht für eine gerichtliche Überweisung. Dies folgt erstens aus dem im § 407 gewählten Ausdruck „Abtretung", während der erste Entwurf von der gutgläubigen Leistung „nach der Übertragung" der Forderung sprach, ein Ausdruck, der auch auf die richterliche Überweisung anwendbar gewesen wäre. Gerade um dies zu vermeiden, ist später an seine Stelle das Wort „Abtretung" gesetzt worden (vgl. Planck § 407 Note 5). Dasselbe ergibt die Fassung der §§ 1274, 1275, welche nur für die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte, d. h. für ein vertragsmäßig eingeräumtes Pfandrecht gelten. Es folgt endlich daraus, daß im § 412 der § 407 auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt ist, während eine gleiche Bestimmung für die Übertragung durch ein Gericht nicht getroffen ist. Vgl. hierzu § 829 ZPO.

5. Tilgung der Schuld durch Leistung an Zedenten. R. **06** 1257 (Frankfurt a. M.). Wenn ein Schuldner in Unkenntnis einer erfolgten Abtre-

tung eine Leistung an den bisherigen Gläubiger macht, so erhält er nicht lediglich ein Recht gegen den neuen Gläubiger, das er nach seiner Wahl geltend machen kann oder nicht, sondern es tritt eine objektive Tilgung der Schuld ein, so daß eine condictio indebiti gegen den Zahlungsempfänger nicht gegeben ist. Vgl. Mot. II 134, Planck, Staudinger, Schollmeyer zu § 407.

6. Insbesondere Abs. 2. **RG.** JW. **06** 380 Ziff. 7, DJZ. **06** 823, R. **06** 856/7 Ziff. 2084—2087. Wenn auch nach § 407 Abs. 2 (Schlußsatz) dem Zessionar gegenüber der nach der Abtretung der Kaufzinsforderung anhängig gewordene Rechtsstreit zwischen dem Zedenten und Schuldner keine Wirkung hat, so kann doch die Anfechtung des Kaufgeschäfts selbst an den Schuldner mit absoluter und dinglicher Wirkung gegenüber dem Zedenten und Mitkontrahenten außergerichtlich erklärt werden. Durch die begründete Anfechtung wird der Kaufvertrag ungültig (§ 142). Es muß deshalb in dem Prozeß zwischen Zessionar und neuem Schuldner (Zessus) neu geprüft werden, ob die Anfechtung begründet ist. — Dahingestellt kann bleiben, ob die Anfechtung auch gegenüber dem Zessionar gültig erfolgen kann.

7. **RG.** BayRpflZ. **06** 441. Der Zessionar, dem der Zedent seinen Anspruch auf Rückzahlung einer Kaution abgetreten hat, muß die nach der Abtretung getroffene Vereinbarung gegen sich gelten lassen, durch welche der von dem Schuldner wegen einer Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommene Zedent anerkennt, daß sich der Schuldner hierfür an die in seinem Besitz befindliche Kaution halten dürfe, während letzterer wegen des bar zu zahlenden Überrestes dem Zedenten Stundung gewährt. Die Vereinbarung ist ein im Wege des Vergleichs erteiltes, also formlos wirksames Schuldanerkenntnis. (Vgl. §§ 779, 782.)

§ 409. 1. **RG. 61** 245, SeuffA. **61** 440 Ziff. 241. Ebenso wie das ALR. in §§ 414—416 I. 11 macht BGB. im § 409 einen Unterschied zwischen einer Anzeige, die der bisherige Gläubiger, und zwischen einer solchen, die der neue Gläubiger dem Schuldner von der Abtretung macht, indem beide Gesetze der Anzeige des bisherigen Gläubigers unbedingte, der des neuen Gläubigers aber nur dann Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner beilegen, wenn sie unter Vorlegung der Abtretungsurkunde oder durch deren Vorlegung erfolgt. Letztere ist unbedingt erforderlich: die bloße Behauptung des neuen Gläubigers in einem Briefe, daß ihm die Forderung notariell abgetreten sei, begründet, selbst in Verbindung mit der Angabe, daß die Schuldurkunde sich in seinen Händen befinde, auch abgesehen von der Verpflichtung zur Zahlung, nicht einmal eine Pflicht des Schuldners, zur Wahrung der etwa bestehenden Rechte des neuen Gläubigers sonst irgend etwas zu tun oder zu unterlassen, wozu er nicht schon durch das Schuldverhältnis selbst verbunden war, solange er keine „sichere" Kenntnis von der geschehenen Abtretung erlangt hatte (hierzu vgl. o. § 407 Ziff. 3). Unter Berufung auf den Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben zu verlangen, daß der Schuldner, ehe er, trotz der Anzeige des neuen Gläubigers, an den früheren Gläubiger Zahlung leistete, erklärte, er bezweifle die Richtigkeit der Anzeige, und daß er von jenem verlangte, daß er sich als neuer Gläubiger ausweise, geht nicht an. Denn der hier allerdings bestehende Widerstreit der Interessen der Beteiligten erhält nach dem Rechte des BGB., wie nach dem früheren Rechte, von einem anderen Grundsatze aus seine Lösung, nämlich dem, daß durch die Abtretung der Forderung die Rechtslage des Schuldners nicht verschlechtert werden darf. Eine Verschlechterung der Rechtslage des Schuldners aber wäre es, wenn er durch unbescheinigte Behauptungen einer Person, welche die Forderung durch Abtretung von dem bisherigen Gläubiger erworben zu haben angibt, verpflichtet werden könnte, eine Aufklärung des Sachverhalts vorzunehmen oder den angeblichen neuen Gläubiger zur Führung seines Ausweises über den

wirklichen Erwerb der Forderung aufzufordern oder anzuhalten. Vielmehr ist es lediglich Sache des neuen Gläubigers, seinerseits dem Schuldner diesen Nachweis zu liefern. Zur Hinterlegung gemäß § 372 ist der Schuldner zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, so daß er sich durch die Nichthinterlegung nicht verantwortlich machen kann.

2. RG. HoldheimsMSchr. **06** 317, R. **06** 800. Eine Feststellungsklage des Inhalts, daß dem Beklagten eine Forderung gegen den Kläger weder zustehe noch zugestanden habe, ist ausgeschlossen, wenn der Beklagte die behauptete Forderung schon vor der Klagezustellung zediert hat und zwar selbst dann, wenn der Zessionar in Wahrheit ein Inkassomandatar sein soll.

§ 412. SeuffA. **61** 232, R. **06** 1079 (Braunschweig). Die im § 402 statuierte Auskunftspflicht gilt, was das Verhältnis mehrerer Bürgen zueinander betrifft, nur dann, wenn der zahlende Bürge ihrer zur Geltendmachung der surrogierten Forderung, d. h. hier, um Regreß gegen die übrigen Bürgen nehmen zu können, bedarf. Zur Regreßnahme gegen die übrigen Bürgen kann aber der Bürge die im Falle seiner Zahlung kraft gesetzlicher Surrogation auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers nur benutzen, wenn in Ansehung dieser Forderung ein Gesamtschuldverhältnis zwischen ihm und den übrigen Bürgen bestanden hat, d. h. wenn sich sämtliche Bürgen für dieselbe Forderung verbürgt haben (vgl. §§ 769, 774 Abs. 2, 426).

§ 413. v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 604 ff. (607). Eine Ausnahme findet sich z. B. im § 1163, der jede Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer des Inhalts, daß eine „Verschuldungsgrenze" bestehe, also die Weiterbelastung oder Veräußerung des Grundstücks untersagt sein solle, für absolut nichtig erklärt. Eine solche Vereinbarung ist auch nicht eintragungsfähig.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Das Wesen der kumulativen Schuldübernahme ist diesmal wieder sehr eingehend literarisch (von Salinger, ABürgR. 28 81—93) erörtert worden, insbes. in ihrem Verhältnis zur Bürgschaft. Wie die meisten Theoretiker verneint er die Notwendigkeit der Schriftform, an der doch die Rechtsprechung (Ziff. 2b zu § 414) ganz überwiegend festhält. Auch im übrigen sind wieder die alten Themata von neuem erörtert worden, als da sind: Genehmigung und Einwilligung (Schuld- und Erfüllungsübernahme [§ 415 Ziff. 2], sehr reichhaltiges Material!), die Streitfragen zu § 416 (Verhältnis des § 416 zu den §§ 414 und 415), Übernahme bestehen bleibender Hypotheken (Ziff. 4), die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung (Ziff. 5); meistenteils fallen die Entscheidungen im Sinne der früheren Rechtsprechung aus. Interessante und wichtige Einzeltatbestände sind fast zu allen Bestimmungen dieses Abschnitts verzeichnet. —

Zu §§ 414 ff. (Vgl. JDR. **3** zu §§ 414 ff.) Marcus aaO. 4/5. Die Bestimmungen des 6. Abschnitts finden auf die Bürgschaft nur insoweit Anwendung, als im Abschnitt 18 ausdrücklich darauf Bezug genommen ist, d. i. §§ 769 und 774 Abs. 2. § 422 findet also nicht Anwendung (s. a. § 770 Abs. 2). Insoweit erscheint die Frage, ob (RG. **53** 404) die Bürgschaft als Gesamtschuldverhältnis zum Hauptschuldverhältnis bezeichnet werden darf, praktisch gleichgültig (RG. **60** 193). Theoretisch erscheint es bedenklich, das Gesamtschuldverhältnis im Sinne der §§ 420 ff. als einheitliches Rechtsverhältnis anzusehen.

§ 414. 1. Unterlassungspflichten. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 310 ff. Die Unterlassungspflicht ist immer in dem Sinne streng persönlich, als der Schuldner nicht durch Dritte leisten kann. Dagegen ist ein Schuldnerwechsel denkbar. Insoweit muß man zwei Gruppen negativer Obligationen unterscheiden: α. in jeder Beziehung höchstpersönliche, z. B. eine Auf-

enthaltsbeschränkung, β. solche, bei denen ein Schuldnerwechsel, sei es im Wege des Erbganges oder der Sondernachfolge, denkbar ist. Derartige Obligationen finden sich namentlich auf dem Gebiete des gewerblichen Lebens, auf dem der Schuldner vielfach nicht bloß für seine Person, sondern in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Gewerbebetriebes eine Unterlassung verspricht. — Man denke an Konkurrenzbeschränkungen.

2. Kumulative Schuldübernahme. S. JDR. **1** Ziff. 4b, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 1. **a**) *Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, ABürgR. **28** 81—93. α. Ein Vertrag, durch welchen sich ein Dritter neben dem bisherigen Schuldner für verhaftet erklärt, ist nach dem Sprachgebrauche des BGB. keine Schuldübernahme, trotzdem aber auch unter der Herrschaft des jetzigen Rechtes zulässig. Es besteht kein Bedenken, solche Verträge mit dem Kollektivnamen „kumulative Schuldübernahme" zu bezeichnen (81). — Die k. Sch.-Ü. ist keine Bürgschaft. Wer bürgt, haftet für fremde Schuld, auch wenn er selbstschuldnerisch, d. h. wie ein Selbstschuldner haftet; wer dagegen die Schuld eines anderen übernimmt, will für die Schuld als eigene, d. h. als Selbstschuldner haften (82). β. Es ist auch nicht erforderlich, die k. Sch.-Ü. analog der Bürgschaft zu behandeln. Die Vorschriften über die Gesamtschuld reichen aus. Wäre es berechtigt, die k. Sch.-Ü. derselben Form zu unterwerfen, wie die Bürgschaft, so müßte man sie folgerichtig auch den anderen Vorschriften über die Bürgschaft unterstellen, wobei sich ein Widerstreit zwischen diesen und den Vorschriften über die Gesamtschuld ergeben würde. Das hat seine Schwierigkeiten, und zwar um so mehr, als der Bürge in vielen Beziehungen ganz anders dasteht (84, 85 f.). γ. Die Verbindlichkeiten des Urschuldners und Übernehmers stehen nicht in dem Verhältnis von Hauptschuld und akzessorischer Verpflichtung, sondern gleichwertig nebeneinander. Nicht anders teilt die Schuld des Übernehmers grundsätzlich die Schicksale der Urschuld, als es nach den Regeln der Gesamtschuld, die bei der Bürgschaft (auch der selbschuldnerischen) nie vorliegt, überhaupt der Fall zu sein pflegt. Allein die Vorschriften über die Gesamtschuld sind anwendbar, wobei zu beachten ist, daß nach § 425 BGB. der besonderen Artung des Schuldverhältnisses, das hier im weitesten Sinne, also auch unter Einbeziehung des Schuldübernahmevertrags selbst zu nehmen ist, jedesmal Rechnung getragen werden kann (83). δ. Die Sch.-Ü. kann bürgschaftshalber, aber auch aus Eigeninteresse erfolgt sein. Die letztere Art der Sch.-Ü. ist da zu finden, wo jemand in das Rechtsverhältnis eines anderen vertraglich eintritt und, nachdem er sich die rechtlichen Vorteile dieses Rechtsbandes angeeignet hat, nun auch die aus diesem entsprungenen Pflichten tragen soll und will. Bei der Sch.-Ü. aus Eigeninteresse ist der Übernehmer vielfach anders zu behandeln, als bei der Sch.-Ü. zu Bürgschaftszwecken. Der § 425 BGB. ermöglicht das. Bei ersterer, wo der Übernehmer ebensoweit Herr des Schuldverhältnisses ist, als der Urschuldner, kann der Übernehmer ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht ausüben, die Wandelung erklären, eine Anfechtung vornehmen, und zwar alles sogar gegen den derzeitigen Willen des ursprünglichen Schuldners, sofern er sich nur mit der bisherigen Stellungnahme des Urschuldners nicht in Widerspruch setzt. Bei der Sch.-Ü., die bürgschaftshalber eingegangen ist, steht dem Übernehmer die selbständige Ausübung der bezeichneten Rechte nicht zu. Er steht insofern noch schlechter, als der Bürge, der sich wenigstens nach Maßgabe des § 770 BGB. auf jene Rechte berufen kann. In anderer Beziehung steht wieder der Übernehmer bei der bürgschaftlichen Sch.-Ü. günstiger, als der Übernehmer bei der anderen. Er kann sich z. B. auf die nach der Sch.-Ü. eingetretene Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Urschuldners oder eine nachträgliche Vereinigung in dessen

Person berufen, der andere nicht (90). ε. Eine gewöhnliche Gesamtschuld liegt auch bei der Sch.-Ü. aus Eigeninteresse nicht vor; denn es darf nicht übersehen werden, daß es immerhin ein fertiges Rechtsverhältnis war, in das der Übernehmer eingetreten ist. — In jedem Falle der Sch.-Ü. haftet der Übernehmer aber aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, nicht aus dem Schuldübernahmevertrag selbst. Durch die Übernahme der Schuld ist der abstrakte Schuldübernahmevertrag erfüllt. — Dabei springt der Unterschied mit der Erfüllungsübernahme scharf in die Augen. Hier bestehen zwei Obligationen: die ursprüngliche Schuldverbindlichkeit und der Erfüllungsübernahmevertrag. Lediglich aus letzterem haftet hier der Übernehmer dem Gläubiger, wenn dieser, was nach § 329 BGB. an sich möglich ist, ein unmittelbares Recht gegen den Übernehmer erworben hat. Der Erfüllungsübernehmer ist ein Gesamtschuldner neben dem Urschuldner. Ihm steht nie die selbständige Ausübung des Rücktrittsrechts oder der Wandelung oder der Anfechtung wegen Betruges, Irrtums zu, mag er die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst auch mit Rücksicht auf den Übergang der Rechte aus dem fraglichen Schuldverhältnisse übernommen haben (89, 91 ff.). ζ. Der k. Sch.-Übernehmer ist niemals Rechts- oder Sondernachfolger des Urschuldners, neben den er ja nur tritt. Die Streitfrage über die Anwendbarkeit des § 727 ZPO. kann hier also nicht akut werden. Die Vorschrift des § 729 ZPO. ist nur eine Ausnahmevorschrift (93).

b) Aus der Rechtsprechung. S. IDR. **1** Ziff. 4b, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 1c. α. Schriftform verlangen: αα. BayRpflZ. **06** 46, R. **06** 934 (Bamberg). Die k. Sch.-Ü. ist an die Schriftform gebunden, weil sie und die selbstschuldnerische Bürgschaft einander so ähnlich sind, daß die Unterscheidung für Nicht-Rechtskundige sehr schwierig und die Gefahr der Sich-Verpflichtungen bei beiden gleich groß ist, daher der für § 766 angegebene gesetzgeberische Grund, zur größeren Vorsicht anzuspornen, bei beiden gleichmäßig einschlägt. Die im § 766 Satz 2 bei der Bürgschaft getroffene Ausnahme von der Regel, daß Nichtigkeit infolge Formmangels durch Erfüllung nicht geheilt wird, gilt auch für die k. Sch.-Ü. (Vgl. u. § 766.) ββ. ElsLothJZ. **06** 489, DJZ. **06** 828, R. **06** 934 (Colmar). Auf die nur bestärkende Sch.-Ü., die ihrem Wesen nach nichts anderes als eine selbstschuldnerische Bürgschaft (§ 773 Abs. 1 Ziff. 1) bedeutet, findet im Gegensatz zu der nach § 414 formlosen befreienden Sch.-Ü. die Formvorschrift des § 766 Anwendung, soweit nicht § 350 HGB. entgegensteht. γγ. HansGZ. **06** Beibl. 183 (Hamburg). Die für die Bürgschaft vorgeschriebene schriftliche Form des § 766 greift regelmäßig auch für die wirtschaftlich, wenn auch nicht rechtlich ähnliche k. Sch.-Ü. Platz. β. Schriftform verneint: BayRpflZ. **06** 298 (LG. München I). Für die k. Sch.-Ü. gilt die Schriftform nicht; denn für bloß wirtschaftlich der Bürgschaft ähnliche Geschäfte kann sie ohne ausdrückliche Norm nicht gelten, so sind z. B. auch das ebenso gefährliche Kreditmandat (**RG. 50** 161) und vollends die privative Sch.Ü. formlos.

c) § 421 in seinem Verhältnisse zur kumulativen Schuldübernahme. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 945, RheinA. **102** II 86 ff. Der in **RG. 59** 232 (s. IDR. **4** § 414 Ziff. 1c, § 421 Ziff. 5) ausgesprochene Rechtssatz, daß eine von einer selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogenannte kumulative Schuldübernahme insofern denkbar ist, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter Schuldner als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 hinzutreten kann, welchenfalls die Vorschrift im § 766 keine Anwendung findet, wird auf folgenden Fall angewandt: Der Beklagte hat, indem er den Kläger aufforderte, für seine, des Beklagten, Rechnung die von N. bestellten Arbeiten zu liefern, seine Bereitwilligkeit erklärt, als Besteller zu gelten, und zwar, da er gleichzeitig Bezahlung auch

der bereits gelieferten Arbeiten versprach, auch bezüglich dieser Arbeiten, und der Kläger hat sich hiermit einverstanden erklärt, indem er sich ihm zur Lieferung der Arbeiten verpflichtete.

3. Vertretung des Übernehmers durch den bisherigen Schuldner. **RG.** JW. **06** 303, R. **06** 681. Der Übernehmer kann bei dem Vertragsschluß durch einen anderen vertreten werden, sei es, daß dieser im voraus dazu bevollmächtigt ist, sei es, daß er als G. o. A. auftritt, und der Übernehmer nachher genehmigt. Zulässig ist es, daß als solcher Vertreter des Übernehmers der bisherige Schuldner handelt, auch ist nicht ausgeschlossen, daß letzterer als G. o. A. für einen noch nicht existierenden Übernehmer solchen Übernahmevertrag mit dem Gläubiger schließt. Die spätere Genehmigung der existent gewordenen Persönlichkeit muß dann zum Inhalt die Genehmigung ihrer Stellvertretung durch den bisherigen Schuldner haben. Von solcher Genehmigung kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Person weiß, daß der bisherige Schuldner in dieser Weise und Absicht für sie mit dem Gläubiger kontrahiert hat.

4. Näheres von dem Übernahmevertrag. Auslegungsfragen. S. JDR. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2. **a)** Übernehmen. PucheltsZ. **06** 246, BadRpr. **06** 66, R. **06** 800 (Karlsruhe). Aus dem Worte „übernehmen" kann nichts zugunsten des Schuldners, welcher sich auf privative Sch.-Ü. durch einen Dritten beruft, abgeleitet werden, weil eine Schuld sowohl privativ als kumulativ „übernommen" werden kann. Bei den Worten „zur Selbstzahlung zu übernehmen" kann an eine Bürgschaft gedacht, keinesfalls aber darin der Ausdruck des Willens gefunden werden, daß der Schuldner durch die Schuldübernahme aus dem Schuldverhältnisse entlassen werden solle. Ob der Dritte in der Tat der Meinung war, er habe dem Gläubiger eine privative Sch.-Ü. vorgeschlagen, oder wie gleichlautende Vorschläge von anderen Gläubigern aufgefaßt worden sind, ist unerheblich. Maßgebend ist, daß der vom Schuldner behauptete Willensinhalt keinen für den Gläubiger erkennbaren Ausdruck gefunden hat (vgl. **RG.** JW. **05** Ziff. 11). **b)** Versprechen, für den Schuldner zu zahlen. HansGZ. **06** Beibl. 183 (Hamburg). Keine privative Sch.-Ü., wenn nur ein Versprechen des Dritten vorliegt, die Schuld an den Gläubiger für den Schuldner zu zahlen; es müssen Umstände ersichtlich sein, welche erkennen lassen, daß der Dritte an Stelle jenes Schuldner werden sollte (vgl. o. Ziff. 2b zu γγ). **c)** Schuldübernahme oder Bürgschaft? ElsLothJZ. **06** 489 (Colmar). Zum Wesen der befreienden Sch.-Ü. gehört der Wechsel in der Person des Schuldners. Will der Gläubiger seine Rechte gegen den bisherigen Schuldner nicht aufgeben, und ist auch der Wille des Dritten nur auf ein Versprechen gerichtet, für die Schuld des Schuldners gutzustehen und sie zu begleichen, so liegt Übernahme einer Bürgschaft vor. **d)** Inkassoauftrag oder Übernahme? BraunschwZ. **06** Beil. I 18 (VGH. Braunschweig). Ein Stadtmagistrat hat mit einem Krankenhaus eine Vereinbarung des Inhalts getroffen, daß die Stadtgemeinde verpflichtet ist, alle in jenem Krankenhause entstehenden Verpflegungskosten monatlich an die Krankenhausverwaltung zu bezahlen. Soweit es sich um Kranke handelt, die auf eigene Rechnung oder für Rechnung von Krankenkassen u. dergl. das Krankenhaus aufgesucht haben, liegt im Verhältnis zwischen Stadtgemeinde und Krankenhaus nicht ein Inkassoauftrag vor, so daß die Stadtgemeinde bloß das abzuliefern braucht, was sie eingezogen hätte, sondern Übernahme fremder Schulden. Über die hieraus entstehende G. o. A. s. u. zu § 677 Ziff. 4b.

§ 415. 1. Von der Genehmigung. „Genehmigung" oder auch „Einwilligung". S. JDR. **4** Ziff. 1. **a)** **RG.** JW. **06** 303, R. **06** 681. Statt der nachträglichen Genehmigung kann der Gläubiger auch schon vor Abschluß des Übernahmevertrags sein Einverständnis hiermit und seine Einwilligung

in die Schuldübernahme erklären (vgl. **RG. 60** 416, JDR. **4** Ziff. 1a). Der Übernahmevertrag wird alsdann sofort mit dem Abschluß gegen den Übernehmer und für den Gläubiger wirksam. Die Streitfrage, ob die Einwilligung im Einverständnis des Schuldners und Übernehmers erklärt sein muß (Schollmeyer), oder ob es genügt, daß sie allein dem Schuldner gegenüber erklärt wird, entscheidet RG. im Sinne der zweiten Alternative, da auch die Genehmigung nur dem Schuldner gegenüber erteilt zu werden braucht. Die weitere Frage, ob der Übernehmer beim Abschluß des Übernahmevertrags nicht Kenntnis von der bereits erteilten Einwilligung des Gläubigers haben muß, beantwortet RG. nicht grundsätzlich. Es erwägt, daß diese Kenntnis von Erheblichkeit sein kann in den Fällen, in denen der Übernehmer Erfüllungsübernahme dem Schuldner gegenüber einwendet. Hat der Übernehmer die fragliche Kenntnis, so läßt sich dies im Einzelfall für die Annahme einer Schuldübernahme verwerten, im anderen Falle kann die Unkenntnis für bloße Erfüllungsübernahme sprechen. (Über Erfüllungsübernahme insbes. s. u. Ziff. 2). **b**) OLG. **12** 49, R. **06** 293 (KG.). Einer nochmaligen Genehmigung des Gläubigers bedarf es nicht, wenn der Gläubiger schon vor Abschluß des Sch.-Ü.-Vertrags sein Einverständnis dazu erklärt hatte; denn dann wird durch die Übernahme in seine Rechtssphäre nicht eingegriffen. Satz 2 steht dem nicht entgegen; denn er besagt nicht, daß der Gläubiger sich eine im voraus erteilte Genehmigung nicht entgegenhalten lassen dürfe, sondern er setzt nur fest, bis zu welchem Zeitpunkt Schuldner und Übernehmer in ihrem Verfügungsrecht im Verhältnis zum Gläubiger noch nicht beschränkt sind. **c**) **RG.** R. **06** 293 s. bereits JDR. **4** Ziff. 1b.

2 Abs. 3. Schuld- und Erfüllungsübernahme. S. JDR. **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 3. **a**) *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 311. Eine auf die Schuldübernahme gerichtete Abmachung zwischen einem Dritten und dem Unterlassungsschuldner kann durch die Zustimmung des Gläubigers zwar zum Schuldnerwechsel führen (§ 415 Abs. 1). Die Wirkung einer Erfüllungsübernahme vermag ein solcher Vertrag indes nicht zu entfalten (§ 415 Abs. 3). **b**) **RG.** SeuffA. **61** 135. Die Schuldübernahme begründet ebenso wie die Erfüllungsübernahme nach § 329 eine Verpflichtung des Übernehmers, je nachdem zur Schuldnerrolle oder zur Erfüllung dem Schuldner und auch unter Umständen dem Gläubiger gegenüber. Solche Verpflichtungsübernahme liegt nicht vor, wenn der Grundstückskäufer mit dem Verkäufer vereinbart, daß er — Käufer — an den Hypothekengläubiger zur Abstoßung der auf den gekauften Ländereien ruhenden Hypotheken, zu deren Löschung der Verkäufer nach dem Kaufvertrage verpflichtet war, bezahlen werde. Durch diese Vereinbarung hat der Käufer nur das Recht erworben, statt an den Verkäufer direkt an den Hypothekengläubiger zu zahlen, um sich auf diese Weise die ihm von jenem geschuldete Reinigung des Grundbuchblattes zu sichern. Die Vereinbarung verfolgte das Interesse des beklagten Käufers, der Verkäufer mag dies Recht behalten haben, Zahlung an sich selbst zu verlangen, wenn Beklagter die Hypothek nicht auszahlte; aber das Recht zur Auszahlung der Hypothek konnte er dem Beklagten nicht mehr nehmen, folglich auch dessen Pfändungsgläubiger, der Kläger, nicht. War durch die Auszahlung der Hypothek die Kaufpreisforderung an den Beklagten erloschen, so mußte Kläger diese Zahlung seinem Pfändungspfandrecht gegenüber gelten lassen. **c**) SeuffA. **61** 142 (Hamburg). Ein Vertrag zwischen einer Bank, welche eine Gesellschaft auf unbeschränkte Gegenseitigkeit bildet, und zwischen einer AG., demzufolge jene ihre sämtlichen Aktiva, einschließlich ihrer Ansprüche an ihre Mitglieder aus den Versicherungsverträgen auf Zahlung der Prämien und eines ihren Mitgliedern in Gemäßheit der Statuten zur Komplettierung der Reserven noch aufzuerlegenden Nachschusses

der AG. überträgt, diese dagegen die Passiva der Bank übernimmt, insbesondere deren Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen, unter Verzicht auf das Recht, in Zukunft neben den Prämien noch weitere Nachschüsse, abgesehen von dem vorstehend erwähnten von der Bank ihren Mitgliedern demnächst aufzuerlegenden, einzufordern, ist kein Rückversicherungsvertrag, sondern eine privative Schuldübernahme nach § 415 (vgl. **RG. 56** 292). Da das OLG. den Vertrag und den ihn bestätigenden Generalversammlungsbeschluß aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen für die mit dem Beschluß nicht einverstandenen Mitglieder insoweit für unverbindlich erklärt, als er die Haftung der Mitgesellschafter teilweise aufhebt und die Haftung der AG. an ihre Stelle setzt, und da hierdurch mit dem ganzen Vertrag die von der AG. übernommene Verpflichtung entfällt, so fragt es sich, ob bei Unwirksamkeit der Schuldübernahme nach § 415 Abs. 3 wenigstens eine gültige Erfüllungsübernahme nach § 329 übrig bleibt. OLG. verneint auch dies im Gegensatz zu RG. Die Rechtswirkung des § 415 Abs. 3 soll ebenso wie die des § 329 nur im Zweifel eintreten. Nun handelt es sich im vorliegenden Prozeß um die Klage der AG. gegen ein Mitglied der Bank auf Zahlung des beschlossenen Nachschusses, also nicht um Erfüllung des Anspruchs des Beklagten auf Zahlung der Versicherungssumme, sondern um die Gegenverpflichtung des Beklagten der Bank gegenüber, und es ist durchaus nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die AG., wenn sie nur neben der Bank zur Erfüllung verpflichtet wäre, nach dem Willen der Kontrahenten Anspruch auf die ganze Gegenleistung hätte haben sollen. Die Absicht beider Kontrahenten ging dahin, daß die Bank aus dem zwischen ihr und den Versicherten bestehenden dauernden Rechtsverhältnisse ganz ausscheiden und daß die AG. ganz in dasselbe eintreten solle. Fällt aus diesem einheitlichen Vertragsverhältnisse eins der wesentlichsten Elemente, die die Bank völlig liberierende Schuldübernahme heraus, so würde es dem Vertragswillen nicht entsprechen, wenn an Stelle dieses gewollten Elements ein von den Parteien offenbar nicht gewolltes, die einfache Erfüllungsübernahme, treten würde, bei welcher im Zweifel nicht einmal ein Anspruch der demnächst Berechtigten gegen den Übernehmer auf Erfüllung angenommen werden soll. Danach liegt der im § 415 Abs. 3 angegebene Zweifelsfall hier nicht vor. **d)** SächsOLG. **27** 445, SächsRpflA. **06** 184 ff. (Dresden). Der zwischen den AG. Augusta und Arminia geschlossene Vertrag, wonach die Arminia alle Verpflichtungen der in Liquidation getretenen Augusta aus ihren Versicherungsverträgen zu erfüllen sich verbindlich macht, ist ein Schuldübernahmevertrag Solange ein bei der Augusta Versicherter hinsichtlich seiner Forderungen an sie die Schuldübernahme nicht genehmigt, steht ihm als Schuldnerin nur die Augusta gegenüber. Bis zur Beendigung ihrer Liquidation behält diese ihre Persönlichkeit bei und bleibt darum formell auch Trägerin ihrer bisherigen Rechte und Verbindlichkeiten. Dem entspricht aber auch ein materieller Inhalt (ohne einen solchen könnte dem Versicherten die Gebundenheit an ein Vertragsverhältnis mit ihr nicht zugemutet werden): Denn die Arminia bleibt trotz der Versagung der Genehmigung einzelner oder aller Versicherter hinsichtlich der mit diesen abgeschlossenen Versicherungsverträge im Verhältnis zur „Augusta" zur Erfüllung in deren Namen und auf deren Rechnung verpflichtet (§§ 415 Abs. 3, 329). Die „Augusta" besteht demnach nicht bloß zum Schein, sie will vielmehr ihre Verpflichtungen weiter erfüllen und bedient sich hierbei nur während der Liquidationszeit der „Arminia" (vgl. §§ 303 ff. HGB.).

3. Abs. 3. Befriedigung des Gläubigers. OLG. **13** 402, R. **06** 504 (Cassel). Unter der Befriedigung, zu welcher der Übernehmer verpflichtet ist, ist nach der auf die Sprachgesetze gegründeten Auslegung diejenige zu verstehen, die dem Gläubiger gegenüber erfolgt (arg. § 2166). Dies ergibt

auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (näheres aaO.). In demselben Sinne OLG. **12** 260 (Cassel).

§ 416. 1. Allgemeines. Über die Grundsätze, nach denen der Grundbuchrichter das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen der Schuldübernahme im Verhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger zu prüfen hat, vgl. § 1177.

2. Verhältnis zu § 414. OLG. **12** 50, R. **06** 293 (Jena). Die Erfüllung der Vorschriften des § 416 über die Einholung der Genehmigung ist nur dann erforderlich, wenn der Übernahmevertrag zwischen Erwerber und Veräußerer geschlossen wird, nicht auch dann, wenn außerdem zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer ein direktes Vertragsverhältnis besteht. In diesem Falle — z. B. wenn eine besondere Willenseinigung zwischen beiden dadurch zum Ausdruck gekommen ist, daß der Gläubiger sein Einverständnis mit der Übernahme dem Übernehmer gegenüber ausdrücklich bekundet und letzterer den Gläubiger als solchen ausdrücklich anerkannt hat — werden die Rechtsbeziehungen zwischen beiden schon durch dieses persönliche Vertragsverhältnis gemäß § 414 bestimmt. S. a. IDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 2 Abs. 2, **3** Ziff. 1, 4b.

3. Verhältnis zu § 415. R. **06** 560 (Stuttgart). Wenn der Erwerber eines Grundstücks durch einen mit dem Veräußerer geschlossenen Vertrag eine Schuld des letzteren, für welche an dem veräußerten Grundstück eine Hypothek besteht, übernimmt, so beurteilt sich die Frage der Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger nicht ausschließlich nach § 416, sondern es kommt in erster Linie § 415 in Betracht, welcher gegenüber § 416 nur eine Sondervorschrift für den Fall des Schweigens des Gläubigers darstellt, daneben kann noch § 414 in Betracht kommen. (Also Übernahme durch Vertrag des Übernehmers mit dem Schuldner sowohl wie mit dem Gläubiger.) S. a. IDR. **2** Ziff. 1a, 3c, **3** Ziff. 1, 4a, c, 6a.

4. Übernahme bestehenbleibender Hypotheken. S. IDR. **4** Ziff. 3. OLG. **12** 259, R. **06** 616 Ziff. 1446 (KG.). Die Übernahme der hypothekarisch gesicherten Schulden des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis begründet im Zweifel die Annahme, daß der Verkäufer von jeder dinglichen und persönlichen Haftung befreit sein will und soll, Käufer also auch auf dem in der Hand des Schuldners gebliebenen für die Hypothek gesamtschuldnerisch haftenden Grundstücksteile die Löschung der Posten zu beschaffen habe. Der Befreiungsanspruch entsteht mit dem Vertrage. Er kann mangels besonderer Bestimmungen gefordert werden, sobald die Gläubiger Zahlung fordern konnten oder annehmen mußten.

5. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung. Vgl. IDR. **1** Ziff. 3, 4a, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 2. **RG. 63** 42, IW. **06** 304, R. **06** 681. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, daß der Schwerpunkt des § 416 in der Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 enthalten ist. Während § 415 unter allen Umständen eine Genehmigungserklärung des Gläubigers erfordert, kann die Übernahme von Hypothekenschulden durch den Veräußerer von einer Nichterklärung der Verweigerung solcher Genehmigung abhängig gemacht werden. Die übrigen Bestimmungen des § 416 enthalten nur eine nähere Ausgestaltung dieses Satzes. Speziell die Vorschrift, daß die Mitteilung des Veräußeres den Hinweis auf die Folgen des Schweigens enthalten muß, soll verhüten, daß die für den Veräußerer geschaffene Erleichterung nicht zu einer unnötigen Härte für den Gläubiger gesteigert werde: dieser soll erkennen können, welcher Rechtsfolge er sich aussetze, wenn er sich auf die Mitteilung untätig verhalte. Einen Wert hat diese Erkenntnis aber nur für einen Gläubiger, der mit der Absicht umgeht, die Schuldübernahme nicht zu genehmigen; unerfindlich ist dagegen, welches Interesse ein Gläubiger, der die ihm mitgeteilte Schuldübernahme genehmigt, an dem Hinweis auf die Folge seines Schweigens haben

könnte. Deshalb kann die Fassung, daß der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen könne, wenn der Veräußerer sie ihm mitteile, nicht als allgemeine Mußvorschrift für den Inhalt der Mitteilung, sondern nur in der Begrenzung als solche aufgefaßt werden, daß sie eine Bedingung für den Eintritt der auf das Schweigen gesetzten und anzudrohenden Rechtsfolge sein soll. Demnach wird die Rechtswirksamkeit einer vom Hypothekengläubiger erklärten Genehmigung der ihm vom Veräußerer schriftlich mitgeteilten Schuldübernahme nicht dadurch berührt, daß die Mitteilung den in Rede stehenden Hinweis nicht enthalten hatte. — Mit dieser Entscheidung folgt RG. dem BayObLG., SeuffA. **60** Ziff. 32, s. JDR. **3** Ziff. 4b. Der IV. ZS. des RG. war, wie mit Rücksicht auf § 137 GVG. ausgeführt wird, in dem in GruchotsBeitr. **49** 354 — s. JDR. **3** Ziff. 4a, **4** Ziff. 2a — entschiedenen Fall mit dem damaligen Berufungsrichter entgegengesetzter Ansicht, gelangte aber aus anderen Gründen zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils. Für diese Entscheidung war die hier streitige Frage unerheblich. Daher ist jetzt der Fall des § 137 nicht gegeben.

6. Altes oder neues Recht? (Vgl. zu Art. 170 EGBGB.). HansGZ. **06** Beibl. 238 (Hamburg). Die Schuldübernahme bestimmt sich, wenn sie nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt, sowohl in betreff ihrer Erfordernisse als ihrer Wirkungen nach dem BGB., nicht nach altem Rechte. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Anwendung des § 416 BGB. die Anlegung des Grundbuchs für das belastete Grundstück voraussetzt. Auch wenn der obligatorische Übernahmevertrag unter der Herrschaft des alten Rechtes geschlossen ist, ist dieses für die Frage der Befreiung des Veräußerers von der Schuld nicht maßgebend. Das alte wie das neue Recht gibt dem Hypothekenschuldner nichts weiter als eine entfernte Anwartschaft auf die Befreiung von seiner persönlichen Haftung im Falle der Grundstücksveräußerung. Diese Befreiung hat aber eine Reihe von Tatsachen zur Voraussetzung, welche von außen zu dem Schuldverhältnisse hinzutreten müssen und so eine Veränderung desselben bewirken, die aber durchaus nicht als eine aus dem Wesen des Schuldverhältnisses folgende Entwickelung desselben betrachtet werden können. Die Wirkung dieser Tatsachen wird durch das BGB. anders bestimmt, als durch das frühere Recht (§ 41 PrEEG.), daraus folgt die Anwendbarkeit des neuen Rechtes.

7. SächsRpflA. **06** 272 (Dresden) betrifft die Übernahme einer Hypothek von 2000 M. in Anrechnung auf den Kaufpreis, wobei aber dem Käufer das Recht eingeräumt wurde, zu verlangen, daß der Verkäufer gegen entsprechende Gegenleistung die in der Löschung eines entsprechenden Betrags von einer dem Käufer an das andere Grundstück bestellten Hypothek bestand, trotz der Schuldübernahme die Schuld tilge. Von dieser Verpflichtung würde der Verkäufer wieder frei werden, wenn ihn der Käufer aus der Verpflichtung entlassen oder sich in die Unmöglichkeit versetzen würde, die 2000 M. löschen zu lassen. Eine Verfügung über die Hypothek könnte unter Umständen diese Voraussetzung des Erlöschens der Verpflichtung erfüllen. Solchenfalls würde die Schuldübernahme durch den Käufer wieder in ihre volle Wirksamkeit und Bedeutung treten, sie würde ihn insbesondere verpflichten, dem Verkäufer dafür einzustehen, daß er von dem Hypothekengläubiger, dem gegenüber er mangels der Voraussetzungen des § 416 oder dessen ausdrücklichen vertragsmäßigen Beitritts zu der Schuldübernahme die Rolle des Schuldners weiter annahm, auf die Zahlung der 2000 M. nicht in Anspruch genommen werde.

§ 418. 1. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 19. Das gesetzliche und das Pfändungspfandrecht erlöschen nicht durch Schuldübernahme.

2. Heinsheimer, Schuldübernahme bei bestehender Gesamthypothek, DJZ. **06** 363. Aus dem im § 418 Abs. 1 Satz 2 u. 3 ausgesprochenen Satz (Freiwerden des für eine fremde Schuld mit einer Einzelhypothek belasteten Grundstücks, wenn durch Schuldübernahme der Schuldner wechselt) folgt i. V. mit § 1175 Abs. 1 Satz 2 der praktisch bedeutsame Satz: Das Grundstück eines Dritteigentümers wird von der Haftung frei, wenn ohne dessen Einwilligung der persönliche Schuldner durch Schuldübernahme wechselt. (ZB. A hat sein Hausgrundstück h und seine Wiese w mit einer Gesamthypothek belastet, hierauf w an B und später h an C verkauft, wobei C die hypothekarisch gesicherte Schuld übernahm, die Übernahme wird vom Gläubiger genehmigt. Dadurch erlischt kraft Gesetzes die Gesamthypothek an w.)

§ 419. 1. *Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt 87. Die Bestimmung des § 419 gilt nicht für die Übernahme eines Unternehmens, das kaufmännische Unternehmen ausgenommen, für welches § 25 HGB. eine noch weitergehende Vorschrift aufstellt.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 311. Ein Einrücken des Vermögensübernehmers in negative Verbindlichkeiten des Veräußerers auf Grund des § 419 ist nur soweit denkbar, als der Veräußerer sich gerade in seiner Eigenschaft als Vermögensinhaber zur Unterlassung verpflichtet hat.

3. OLG. **12** 50, R. **06** 293 (Karlsruhe). Die Haftung des Übernehmers ist eine kumulative und tritt kraft Gesetzes ein. Daher steht die Ablehnung der Schuldübernahme von seiten des Gläubigers, welcher der Meinung war, es werde ihm die Genehmigung einer privativen Schuldübernahme des § 416 zugemutet, der Berufung auf § 419 nicht entgegen. Voraussetzung der Haftung ist aber, daß der auf die Übernahme gerichtete Vertrag selbst gültig, daß er insbesondere in der für ihn vorgeschriebenen Form (§ 311) errichtet worden ist (vgl. o. § 311 Ziff. 2).

4. Verkauf des „Vermögens" als solchen. S. JDR. **4** Ziff. 1. **a)** OLG. **12** 50 (Karlsruhe). Wenn auch die verkauften Liegenschaften das ganze Vermögen des Verkäufers waren, so steht damit nicht fest, daß er sein „Vermögen" als solches, als Ganzes übertragen wollte. Es müßte sonst, wenn jemand nur eine einzige Liegenschaft oder nur ein Fahrnisstück besitzt und überträgt, hierin eine der Form des § 311 bedürftige Vermögensübertragung erblickt werden. **b)** Ausschluß einzelner Vermögens'stücke — Haftung mehrerer Übernehmer. BayRpflZ. **06** 25 (LG. München I). Die Anwendbarkeit des § 419, welcher vorzugsweise den bäuerlichen Übergabevertrag betrifft, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß Übergeber einzelne Vermögensstücke behält oder nicht ausdrücklich sein „ganzes Vermögen" überläßt. Es genügt, wenn das Vermögen in seinem wesentlichen Umfange übergeht. — Ebensowenig wird die Anwendbarkeit des § 419 dadurch ausgeschlossen, daß jeder der beiden Übernehmer das Vermögen nur zur Hälfte überkommen hat. Dadurch wird nur die Schuldhaftung eines jeden auf die Hälfte beschränkt; denn § 427 ist auf eine gesetzliche Haftung nicht anwendbar (vgl. aber § 421 und § 3 Nr. 1 AnfG).

5. Einfluß der Flurbereinigung auf die Haftung. BayRpflZ. **06** 25 (LG. München I). Der Austausch einzelner Grundstücke im Flurbereinigungsverfahren ist gemäß Art. 113 EGBGB. und § 8 FlurberG. auf die Vermögenshaftung nach § 419 ohne Einfluß, da die eingetauschten Grundstücke in jeder Hinsicht an Stelle der früheren treten.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Lux erörtert in seiner Abhandlung über die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft die vierfach verschiedenen Möglichkeiten der aktiven oder passiven Beteiligung mehrerer an einem Rechtsverhältnis; Lehmann untersucht die Beziehungen der

Gesamtschuldverhältnisse zur Unterlassungspflicht. Aus dem reichhaltigen und wichtigen Material, das wieder die Rechtsprechung beigesteuert hat, sei auf die sehr lehrreichen Ausführungen des **RG. 61** 56 (§§ 421 Ziff. 2, 426 Ziff. 8) über die sog. unechte Solidarität hingewiesen; der § 426 ist natürlich wieder ganz besonders eingehend in mannigfachen Tatbeständen geprüft worden. Die wichtigsten Fragen sind wohl die der Ausgleichungspflicht zwischen mehreren Wechsel= und anderweitig Verpflichteten (Ziff. 3—5). Auch die Entscheidung des OLG. Hamburg (§ 426 Ziff. 9) über die Auskunftspflicht des Gläubigers ist praktisch sehr bedeutsam.

Literatur: H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Rechte. München 1906. — Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. München 1906.

Zu §§ 420 ff. 1. *Lux 36 ff., 49 ff. Das BGB. kennt die aktive oder passive Beteiligung mehrerer an einem Rechtsverhältnis in vierfacher Art: a) so, daß das Rechtsverhältnis in selbständige Teilberechtigungen und =Verpflichtungen aufgelöst wird (z. B. §§ 420, 1008); b) so, daß jeder die Rechte in solidum ausüben kann und sie gegenüber jedem in solidum ausgeübt werden können (z. B. §§ 421, 428); c) so, daß die Berechtigten nur gemeinsam zur Ausübung berechtigt sind und die Ausübung nur gegenüber allen gemeinsam zulässig ist („gesamte Hand"); d) bei Ansprüchen auf Leistungen, welche nicht von selbst allen Berechtigten zugute kommen, so, daß jeder Berechtigte Leistung an alle fordern kann (§§ 432, 1011, 2039). — Für die Gemeinschaftlichkeit zur gesamten Hand sind im Gesetz keine allgemeinen Regeln aufgestellt; jedoch bestehen gemeinsame Grundgedanken: bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand werden Anteile nur am „gemeinschaftlichen Vermögen" als Ganzen, nicht auch an den einzelnen das Vermögen bildenden Aktivis und Passivis unterschieden. Besteht unter den Mitberechtigen oder Mitverpflichteten eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, so sind ihre Forderungen prinzipiell Gesamthandsforderungen, ihre Schulden Gesamthandsschulden, ihr Eigentum Gesamthandseigentum; §§ 420—32, 1008 f. zessieren. — Gesamthandsschulden i. e. S. sind Schulden, für welche die Gesamthänder nur als Subjekte des gemeinschaftlichen Vermögens und nur mit ihm haften; bei der Gesellschaft des § 705 BGB., den Gütergemeinschaften und der Erbengemeinschaft sind aber auch diejenigen Schulden, für welche sämtliche Gesamthänder mit ihrem besonderen Vermögen haften, zugleich Gesamthandsschulden und ins gemeinschaftliche Vermögen vollstreckbar. — Aus der Gemeinschaftlichkeit des Verfügungsrechts folgt grundsätzlich Notwendigkeit der Streitgenossenschaft für alle Aktiv= und Passivprozesse. Ausnahmen (§ 2039) sind nicht entsprechend anwendbar. Bei Verbindung von persönlicher und Gesamtshandhaftung gilt passive exc. plurium litis consortium nur für die Klage auf Leistung „aus dem gemeinschaftlichen Vermögen" (z. B. § 2059 Abs. 2). — Über Rechtsgestaltungsklagen s. 78, über Feststellungsklagen 98 ff.

2. Anwendung auf Unterlassungspflicht. S. a. IDR. 2 Ziff. 1 zu §§ 420 ff. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 197 ff., behandelt die Lehre von der Teilbarkeit, der teilweisen Bewirkung und teilweisen Unmöglichkeit der Unterlassung 197 ff. a) Die Unterlassung ist niemals teilbar. Die Teilbarkeit des zu meidenden positiven Tuns hat keine Bedeutung für die Frage der Teilbarkeit der Unterlassung. Im Falle des Erbganges findet nicht Teilung der negativen Verbindlichkeit, sondern Vervielfältigung des Verbots statt. Auch die Dauerunterlassung ist nicht teilbar. b) Die Bejahung einer Möglichkeit teilweiser Leistung und die Annahme teilweiser Unmöglichkeit sind von der Bejahung der Teilbarkeit der Leistung unabhängig. Letztere wird im BGB. nur soweit vorausgesetzt, als eine Spaltung des Schuldverhältnisses unter mehrere Berechtigte und Verpflichtete eintreten soll, wie das z. B. im § 420 der Fall ist. Alle Vorschriften, die die Möglichkeit einer Teilung der Leistung selbst zur Voraussetzung

haben, sind daher auf die Unterlassung unanwendbar. Anwendbar aber sind die Vorschriften, die von der Möglichkeit teilweiser Leistung oder der Voraussetzung teilweiser Unmöglichkeit ausgehen, wie die §§ 139, 306, 307, 280, 283, 325, 326 BGB. c) Insbesondere kann teilweise bewirkt und teilweise unmöglich werden die Dauerunterlassung. Ein fünfjähriges Konkurrenzverbot wird z. B. niemals übertreten. — Ebenso ist teilweise Leistungbewirkung, teilweise Unmöglichkeit denkbar, wenn das zu meidende Tun teilbar ist. Jemand, der seinen ganzen Aktienbestand von 100 Aktien 5 Jahre behalten soll, veräußert z. B. 50 Stück.

§ 420. 1. Im Zweifel. BayObLG. **7** 300—302, BayNotZ. **06** 190 ff., BayRpflZ. **06** 363, R. **06** 800 (BayObLG.). Wird nichts anderes bestimmt, so verpflichtet sich der Schuldner durch den Vertrag jedem Gläubiger gegenüber zu einem gleichen Anteil an der Leistung. Die abweichende Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden, sie kann sich aus den Umständen ergeben. Daher: wenn zwei Personen ein ihnen zu gleichen Anteilen gehöriges Grundstück um einen Gesamtpreis verkaufen, so wird im Zweifel der Kaufpreis jedem von ihnen zur Hälfte geschuldet; die vom Käufer für den Kaufpreis bestellte Hypothek gilt als für jeden auf den ihm gebührenden Betrag in gleichem Range bestellt. — Im gleichen Sinne grundsätzlich ebenda 412/3, wo jedoch angenommen wurde, daß die Gläubiger bezüglich einer durch Vereinbarung in ein Darlehen umgewandelten Abrechnungsschuld in einem Gemeinschaftsverhältnis stehen (§ 742).

2. Selbständiges Verschulden — gemeinsame Haftung. R. **06** 748 (Stettin). Es tritt, ohne daß § 840 anzuwenden wäre, eine Gesamtschuld auf Schadensersatz ein, wenn zwei Baugewerkmeister, obwohl sie unabhängig voneinander Leistungen zu einem Hausbau übernommen hatten und ausführten, beide durch Kunstfehler dem Bauherrn einen Schaden verursachen, der in sich untrennbar, nur beiden zusammen anzurechnen ist.

3. Vollstreckungsbefehl gegen Schuldner nach Kopfteilen. Justd. Rundsch. **06** 115 (LG. Kaiserslautern). Schuldner, die im Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl nicht als Gesamtschuldner bezeichnet sind, können auf Grund des Vollstreckungsbefehls nur nach Kopfteilen in Anspruch genommen werden. Ob der sonstige Inhalt des Vollstreckungsbefehls einen Anhaltspunkt für den Umfang der Haftung enthält, ist nicht zu prüfen, da eine Ergänzung des verfügenden Teiles des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls aus dem im Zahlungsbefehle angegebenen Schuldgrunde nicht zulässig ist. (Daher müssen so viele Ausfertigungen erteilt werden, als Schuldner vorhanden sind; denn jeder der Schuldner ist nach § 757 ZPO. berechtigt, die Aushändigung des Vollstreckungstitels zu verlangen.)

4. Unanwendbarkeit bei bloß objektiver Schadenszufügung ohne Verschulden. SeuffA. **61** 400 Ziff. 224 (BayObLG.). Ein Gesamtschuldverhältnis kann sich nur gründen entweder auf einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner oder auf ein Delikt, eine von mehreren gemeinschaftlich vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung. (Daher Gesamthaftung verneint in einem Falle, wo die Ersatzpflicht jedes einzelnen weder auf vorsätzliches noch auf fahrlässiges Handeln, sondern bloß auf die Tatsache sich gründete, daß er einen Eingriff in das klägerische Recht gemacht hat, der die Entstehung eines Schadens zur Folge hatte.)

§ 421. 1. Unterlassungspflicht. *H. Lehmann 314 weist nach, daß der Grundgedanke der gesamtschuldnerischen Haftung auf die negative Obligation nicht paßt. Die ganze Leistung ist hier die gleiche Unterlassung aller, niemals aber nur die Unterlassung des einzelnen. Lehmann prüft nach, welche Bedeutung die in den §§ 421—426 geregelten Fälle bei der negativen Obligation

mehrerer zu der gleichen Unterlassung haben, und versucht die Entscheidung auf Grund selbständiger, aus der Natur der Unterlassung geschöpften Erwägungen, in dem er davon, daß die negative Obligation, bei Beteiligung mehrerer von dem Prinzip einer Vervielfältigung der Obligation beherrscht wird. Insbesondere beantwortet er die Frage, ob und inwieweit mehrere Schuldner einer negativen Obligation für die Zuwiderhandlung eines von ihnen einzustehen haben (315 ff.), und kommt zum Ergebnis: a) Eine solidarische Verhaftung für die Unterlassung besteht nicht. Die Zuwiderhandlung des einzelnen wirkt nur subjektiv, es sei denn, daß sich die Schuldner besonders verpflichtet haben, für die gleiche Unterlassung der Mitschuldner einzustehen, oder aus besonderem Rechtsgrund (Anordnung des Erblassers) mit derartiger Garantiepflicht belastet sind. b) Eine solidarische Haftung für das Interesse besteht ebenfalls, von besonderem Haftungsgrund abgesehen, nicht, ebensowenig haftet der einzelne nur pro rata seiner Beteiligung für das Interesse. Der Haftende muß vollen Schadensersatz leisten.

2. Unechte Solidarität. **RG. 61** 56. Kein Gesamtschuldverhältnis in den Fällen, in denen ohne das rechtliche Band der Solidarität nur zufällig, aus verschiedenen, voneinander völlig unabhängigen Schuldgründen die Verpflichtung mehrerer auf einen gleichen Leistungsinhalt oder mit demselben Obligationszwecke begründet ist, also namentlich nicht in den Fällen, die von der neueren Theorie als solche der „unechten Solidarität" bezeichnet werden. So ist, wenn der Mieter die Sache verliert und infolgedessen ein Dritter sie stiehlt, dieser aus Delikt, jener unabhängig davon durch Vertrag zum Ersatze desselben Schadens verpflichtet. Um ein solches Verhältnis uneigentlicher Solidarität könnte es sich vielleicht auch dann handeln, wenn für die Folgen eines Unfalls zwei Eisenbahnunternehmer, der eine aber nur aus dem Haftpflichtgesetz, der andere nur aus dem Beförderungsvertrage dem Verletzten schadensersatzpflichtig wäre. Indes wäre schon dies mindestens dann fraglich, wenn die beiderseitigen Verpflichtungen sachlich demselben Tatbestand, als dem Entstehungsgrunde der Schadensersatzpflicht, entsprungen sind und die gleiche Leistung zum Gegenstand haben; es kommt aber nach dem BGB. für das Bestehen der Gesamtschuld auf Identität des Rechtsgrundes der Obligation (eadem causa in diesem Sinne) überhaupt nicht an. Das BGB. kennt nur die eine im § 421 definierte Art des Gesamtschuldverhältnisses, unterscheidet nicht zwischen Korreal- und Solidarobligation und hat sich auch nicht für ein bestimmtes Prinzip bezüglich der Einheit oder Mehrheit der Obligation aussprechen wollen. Zweifellos besteht daher zwischen zwei Eisenbahnunternehmern, welche beide für einen Unfall aus dem § 1 HaftpflG. haften, in Ansehung dieser beiderseitigen Schuld ein wahres Gesamtschuldverhältnis; daß daneben für einen von ihnen noch ein weiterer Schuldgrund (Vertragshaftung) dem Verletzten gegenüber zutrifft, ändert daran nichts. (Über die Ausgleichung in diesem Falle vgl. u. § 426 Ziff. 8.) S. a. IDR. **2** Ziff. 1.

3. Tätigkeit des Anwalts (Notars) für mehrere. IDR. **2** § 426 Ziff. 3, **3** § 421 Ziff. 3, **4** Ziff. 2. ZBlFG. **6** 628 ff. (LG. Colmar). Bei notarieller Beurkundung eines Vertrags haften beide Vertragsparteien dem Notar für dessen Gebühren und Auslagen als Gesamtschuldner. Dies auch dann, wenn in dem Vertrage zwischen den Parteien vereinbart ist, daß einer von ihnen die Kosten der Beurkundung usw. zu tragen hat.

4. Bürge und Hauptschuldner. SächsRpflA. **06** 103 (Dresden). Bürge und Hauptschuldner haften, auch wenn die Hauptschuld 23 000 M. beträgt und der Bürge nur bis 20 000 M. sich selbstschuldnerisch verbürgt hat, als Gesamtschuldner und somit (im Konkurse des Hauptschuldners) nebeneinander „auf das Ganze" im Sinne von § 68 KO. (vgl. diesen). Die Beschränkung hat auch nicht zur Folge, daß die Hauptforderung, sobald und solange sie den Be-

trag von 20 000 M. überstieg, ihre Einheit verlor und als in zwei Forderungen, in eine verbürgte auf Leistung von 20 000 M. und eine unverbürgte auf Leistung des überschießenden Betrags, zerlegt anzusehen war, von denen die erste nach der Anmeldung im Konkurse aus dem Nachlasse des Bürgen voll bezahlt worden (was tatsächlich geschehen war) und daher im Konkurse wenigstens für den Gläubiger (§ 774) nicht mehr in Betracht zu ziehen gewesen wäre.

5. Dinglicher und persönlicher Anspruch. SächsRpflA. **06** 132 ff. (Dresden). Der persönliche und der dinglich verpflichtete Schuldner haften nicht als Gesamtschuldner. Sie schulden nicht eine Leistung, vielmehr liegen zwei selbständige Ansprüche von ganz verschiedenem Inhalte vor; denn der dingliche Anspruch ist enger begrenzt als der persönliche, da er seiner Natur nach nur seine Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstück finden kann.

6. **RG.** SeuffA. **61** 90 f. bereits JDR. **4** Ziff. 4.

7. § 421 angewandt in BayRpflZ. **06** 25 (LG. München I).

8. Über das Verhältnis des § 421 zur k. Sch.-Ü. (JDR. **4** Ziff. 5) s. o. zu § 414 Ziff. 2c.

§ 422. **RG.** R. **06** 293. Nur im Falle definitiver Erfüllungsleistung durch einen Gesamtschuldner tritt die Wirkung des § 422 Abs. 1 ein, nicht aber, wenn ein Gesamtschuldner nur bedingt unter Verwahrung gegen seine Leistungspflicht sich die Rechte des Berechtigten gegen den Dritten im Sinne des § 840 Abs. 3 gegen Zahlung einer bestimmten Summe abtreten läßt.

§ 423. Vgl. OLG. **13** 430 (Hamburg) u. zu § 774.

§ 426. 1. *Schneider, HoldheimsMSchr. **06** 1 ff. Über die Ausgleichung, wenn die mehreren Schuldner nicht in gleicher Höhe und nur zu einem Teilbetrag als Gesamtschuldner haften, vgl. u. zu § 774.

2. Wirkung des Erlasses gegenüber einem Ausgleichungsverpflichteten. **a)** *A. Fuchs, R. **06** 602 f. Hat einer von mehr als zwei Gesamtschuldnern die Schuld an den Gläubiger bezahlt und darauf einen der gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 zur anteiligen Erstattung verpflichteten Gesamtschuldner dessen Anteilschuld ganz oder zum Teil erlassen, so kann er Erstattung des erlassenen Betrags nicht von den übrigen Gesamtschuldnern verlangen. Denn die Verpflichtung zur Tragung des Ausfalls nach § 426 Abs. 1 Satz 2 beruht darauf, daß die Gesamtschuldner von vornherein mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses als in einem inneren Schuldverhältnisse zueinander stehend anzusehen sind, und daß Voraussetzung der Verpflichtung aus § 426 Abs. 1 Satz 2 ist, daß der auf einen Gesamtschuldner entfallende Betrag von ihm nicht erlangt werden kann. Voraussetzung der Möglichkeit, zu erlangen, ist aber, daß verlangt werden kann, d. h. daß der Rückgriffsanspruch gegen den nichtleistungsfähigen Gesamtschuldner zu Recht besteht. **b)** R. **06** 1318/19 (Cassel). Für den Ausgleichungsanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner genügt es nicht, daß ein ausgleichungsverpflichteter Gesamtschuldner zahlungsunfähig ist, vielmehr muß der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden können. Erläßt also der Ausgleichungsberechtigte dem Ausgleichungsverpflichteten dessen Schuld, dann hat dieser an jenen einen Beitrag nicht mehr zu leisten. Der Ausgleichungsberechtigte kann daher nicht mit Berufung auf die vor dem Erlaß eingetretene Zahlungsunfähigkeit des einen Gesamtschuldners von den übrigen Ersatz fordern.

3. Ausgleichungspflicht zwischen Wechselverpflichteten. S. JDR. **4** Ziff. 2. **a)** **RG.** HessRspr. **7** 127. Mehrere Wechselverpflichtete an gleicher Stelle haften als Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen. Wenn also der von dem Aussteller nicht bezahlte Wechsel von einem Mitverpflichteten in voller Höhe eingelöst wird, so kann letzterer von dem zweiten Mitverpflichteten nicht die Hälfte, sondern nur ein Drittel des von ihm Gezahlten verlangen. Darüber,

daß durch die bloße Mitunterzeichnung keine Bürgschaft übernommen wird, vgl. § 766. Von dem Mitbürgen würde er die Hälfte verlangen können. **b**) Hierzu Scherer ebenda. Wechselverpflichtete, die nicht an gleicher Stelle stehen (z. B. der Indossant und sein Vormann oder der Aussteller) haften nicht gemäß § 426 BGB. Auf diese sind die §§ 426, 767 BGB. überhaupt nicht anwendbar, weil die Wechselordnung ihre Regreßansprüche ausschließlich regelt. Allerdings ist es zulässig, daß sie untereinander sich als Bürgen verpflichtet haben. Aber dieser Bürgschaftsvertrag muß bewiesen werden.

4. Ausgleichungspflicht zwischen mehreren Auftraggebern. S. JDR. **4** Ziff. 3. NaumburgAK. **06** 51/2 (LG. Magdeburg). Da bei dem Gesamtschuldverhältnisse des § 3 RAGebO. (Ausführung von Aufträgen mehrerer Auftraggeber durch dieselbe Tätigkeit) eine vom § 426 Abs. 1 Satz 1 abweichende Regelung nicht getroffen ist, greift § 426 Abs. 2 Platz. (Es kann also der eine Auftraggeber wegen der Hälfte der Gebühr sich an den anderen Auftraggeber halten. Sie bleibt nicht auf ihm lasten und gehört deshalb nicht zu den ihm „notwendig" erwachsenen Kosten (§ 91 ZPO.) Vgl. Z. f. mittlere Justizbeamte **03** 793 (Celle).

5. Ausgleichungspflicht zwischen dem Schädiger und dem Mitschuldigen. **RG. 62** 346. Gemäß §§ 840, 426 kann der Schädiger seinen Rückgriff gegen den Vertreter oder die Hilfsperson nehmen, deren Verschulden bei der Entstehung des Schadens ursächlich mitgewirkt hat. Weitergehende Rechte gegen Vertreter und Hilfspersonen auf Grund der §§ 254 Abs. 2 und 278 stehen ihm nicht zu.

6. Anwaltssozietäten. HansGZ. **06** Beibl. 199, ZVersWes. **06** 455 (Hamburg). Zwei assoziierte Anwälte haften für den Schaden, den ihr Auftraggeber durch ein bei Erledigung des ihnen gemeinsam erteilten Auftrags vorgekommenes Versehen erlitten hat, als Gesamtschuldner und daher nach § 426 im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen, also je zur Hälfte. Deshalb kann jeder der beiden Anwälte von der Versicherungsgesellschaft, bei der er gegen Schäden, die durch ein Versehen dem Auftraggeber erwachsen, versichert ist, nur die Hälfte des Schadens beanspruchen. Dasselbe ist der Fall, wenn vertraglich die Unkosten und der Gewinn zwischen beiden Sozien nach Hälften geteilt werden sollen.

7. Verhältnis des nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümers und der Wechselschuldner. RheinA. **103** 19 (Cöln). Zwischen dem nicht persönlich haftenden Grundstückseigentümer und den Schuldnern derjenigen Wechselverbindlichkeiten, welche die durch die Hypothek gesicherte Schuld bilden, besteht kein Gesamtschuldverhältnis, da die Leistung, zu der der Eigentümer verpflichtet ist, nicht dieselbe ist, welche die Unterzeichner der Wechsel schulden. Während jener nur mit dem Grundstücke haftet, sind die Wechselschuldner persönlich zur Zahlung verpflichtet. Eine Ausgleichspflicht der Vormänner des persönlichen Schuldners auf Grund des § 426 entsteht daher durch die Befriedigung des Hypothekengläubigers von seiten des Eigentümers nicht. Vgl. o. zu § 401 Ziff. 2.

8. Ausschluß des Ausgleichsrechts? Aus Billigkeit? **RG. 61** 56 (s. JDR. **4** Ziff. 6). Das mit dem Gesamtschuldverhältnisse von Rechts wegen verknüpfte Ausgleichungsrecht kann den Klägern nicht schon um deswillen versagt werden, weil neben der beiderseitigen, das Gesamtschuldverhältnis (vgl. § 421) begründenden Schuld aus dem Haftpflichtgesetze für Kl. ein weiterer Schuldgrund dem Verletzten gegenüber zutrifft. Inhalt und Gegenstand der von den Parteien — zwei Eisenbahnunternehmern — geschuldeten Leistung sind dadurch nicht geändert, daß der Verletzte, der sich bei dem Zusammenstoß eines Motorwagens der Kl. mit einem Straßenbahnzuge der Bekl. auf dem Wagen

der Kl. befand, gegen diese auch aus dem Beförderungsvertrage Schadensersatzansprüche hat; die Schadensersatzpflicht nach Maßgabe des HaftpflG. ist und bleibt eine auch der Beklagten obliegende Schuld. Wenn die Klägerin dem Verletzten Schadensersatz leistet, so wird dadurch nicht nur ihre eigene Schuld — die aus dem HaftpflG., wie auch, soweit sich hiermit die vertragliche Schuld dem Gegenstande nach deckt, diese —, sondern auch die Haftpflichtschuld der Beklagten getilgt. Es besteht in diesem Umfange zwischen den Parteien jenes Gemeinschaftsverhältnis, wodurch die Ausgleichung nach § 426 bedingt ist. Anderweitige besondere Gründe, welche zur Ausschließung der anteilsmäßigen Haftung führen würden, könnten vorliegen entweder, wenn für die Beklagte ein Regreßanspruch (von § 426 abgesehen) begründet wäre (— aber selbst wenn der Verletzte zunächst die Beklagte in Anspruch genommen hätte, könnte sie nur anteilsmäßig nach § 426 Ersatz verlangen, da die Auffassung, als ob die Haftung aus § 1 HaftpflG. eine subsidiäre oder eventuale sei, abgelehnt wird, vgl. o. zu § 421 Ziff. 2 —), oder aus dem Gesichtspunkte der Billigkeit. Wollte man mit Dernburg, BR. (3) II 1 § 163 Ziff. IV 428, die anteilige Haftung überall da ausschließen, wo ihre Zulassung der Billigkeit widerstreitet, so könnte man in Fällen wie vorliegendem die Anwendbarkeit des § 426 zugunsten desjenigen Betriebsunternehmers verneinen, welcher durch sein Verschulden den die gemeinsame Haftung begründenden Unfall herbeigeführt hat. Allein das würde nicht in gleicher Weise zutreffen, wenn dem Betriebsunternehmer selbst ein eigenes oder von ihm nach §§ 31, 89 zu vertretendes Verschulden nicht zur Last fällt, wenn lediglich das fahrlässige oder ordnungswidrige Verhalten eines Bahnbediensteten als Ursache des Unfalls in Frage steht.

9. Auskunftspflicht des Gläubigers (Abs. 2). OLG. **12** 261, R. **06** 616 (Hamburg). Gemäß §§ 402 und 412 ist der Gläubiger zur Erteilung der nötigen Auskunft verpflichtet, wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann. Daß der Schuldner die Auskunft nur dann sollte verlangen können, wenn er vorgängig den Gläubiger befriedigt hat, kann nach dem Wortlaute des § 426² nicht angenommen werden; der Übergang der Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn ist zwar von der Befriedigung des Gläubigers abhängig gemacht, es kann aber der Schuldner gegen die Befriedigung des Gläubigers die nötige Auskunft und demnach auch verlangen, daß er zur Befriedigung des Gläubigers nur gegen Erteilung der Auskunft verurteilt werde. Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung ist auch nicht auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger die Leistung des Gesamtbetrags seiner Forderung von einem Gesamtschuldner beansprucht. Sie bleibt auch bestehen, wenn der Gläubiger zunächst die sämtlichen Schuldner nur auf einen verhältnismäßigen Teil der Forderung belangt und sich wegen einer nicht zu erlangenden Quote an andere Schuldner hält, welche ihre Quote schon beglichen haben. Denn die Schuldner sind bis zur Bewirkung der ganzen Leistung entweder nach § 421 sämtlich verpflichtet, oder es kann sich auch aus ihrem Verhältnisse zueinander die Verpflichtung eines oder mehrerer derselben, die Gesamtschuld zu begleichen, ergeben. Immer aber ist Voraussetzung der Auskunftspflicht der vom Schuldner zu führende Nachweis, daß ihm gegen einen oder mehrere der Gesamtschuldner ein Anspruch auf Ausgleichung zusteht.

10. § 426 Abs. 2 und § 727 ZPO. BadRpr. **06** 364 (AG. Lahr). Die Fälle des § 426 Abs. 2 werden von § 727 ZPO. mitumfaßt, da sich letztere Vorschrift auf Rechtsnachfolge sowohl aus Rechtsgeschäft, wie kraft Gesetzes bezieht.

11. SeuffA. **61** 232 (Braunschweig) s. u. zu §§ 769, 774.

§ 427. 1. OLG. **12** 2 (Karlsruhe) spricht die solidarische Haftung der Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins für die im Rahmen der Vertretungs-

macht von den Vertretern geschlossenen Geschäfte aus. Vgl. darüber OLG. **12** 249 (Hamburg), o. zu § 54 Ziff. 5b.

2. BayRpflZ. **06** 25 (LG. München I). § 427 ist auf eine gesetzliche Haftung, z. B. auf die Haftung aus § 419 (s. o. Ziff. 4b) nicht anwendbar.

§ 431. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 314, weist die Unanwendbarkeit des § 431 auf die negative Obligation nach. Der Grundgedanke der gesamtschuldnerischen Haftung paßt für die negative Obligation nicht.

§ 432. 1. *Lux. a) Ist die Leistung so beschaffen, daß sie von selbst allen Berechtigten zugute kommt, d. h. existiert kein Empfänger i. e. S., so kann jeder Gläubiger auf die Leistung ohne Einschränkung klagen wie ein Gesamtgläubiger. (Beispiel: actio negatoria, Ansprüche auf Handlungen oder Unterlassungen.) — Mit der Gesamthandsforderung ist die Gemeinschaftlichkeit des § 432 nicht identisch, daher zessiert § 432 bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand, auch soweit es sich um unteilbare Leistungen handelt. Nur bei der Erbengemeinschaft ist, der preußischen Praxis folgend, jeder Erbe bezüglich der zum Nachlasse gehörenden Ansprüche zum Individualgläubiger gemacht (§ 2039); Gesellschafter (§ 705) sowie die Ehegatten und Abkömmlinge bei beendigter Gütergemeinschaft (§ 1472) müssen gemeinsam klagen. b) Zu Abs. 2. Die Kündigung eines einzelnen Gläubigers ist, da Beschränkung auf einen Gläubiger undenkbar ist, überhaupt wirkungslos, anders als nach §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3 (94).

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 318. Die Vorschrift des § 432 entbehrt für die negative Obligation mit mehreren Gläubigern der Bedeutung. Denn die Unterlassung kommt stets allen Gläubigern zugute. Eine Ausnahme hiervon ist bloß bei mehreren Duldungsberechtigten anzuerkennen. Aber hier ist § 432 BGB. erst recht nicht anwendbar; denn die Duldung gegenüber einem Berechtigten (Wegerecht) kommt den Mitgläubigern niemals zugute. Es gilt das Prinzip der Vervielfältigung der Obligation.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Über größere Arbeiten aus der Lehre vom Kaufe ist nicht zu berichten. Nur einzelne Aufsätze sind hervorhebenswert. Den schwierigen Fragen des Sukzessivlieferungsvertrags hat sich Müller zugewandt (s. § 433 Ziff. I 1 u. zu §§ 459 ff. u. o. zu §§ 325 ff. Ziff. 3). Grabner beschäftigt sich mit dem vielbearbeiteten Gebiet der rechtlichen Natur der Wandelung (§§ 465 Ziff. 1), während Oertmann vor allem auch von Praktikern zu beachtende Ausführungen zum Kauf mit Umtauschklausel macht (§ 495 Ziff. I). Von Kontroversen über Einzelfragen sei hingewiesen auf die Verjährung bei der Trächtigkeitsgarantie (§ 492), auf die Frage, welche Rechtsbehelfe gegeben sind, wenn ein nicht zu den Hauptmängeln gehöriger Mangel arglistig verschwiegen wird (§§ 481 ff. Ziff. I) und endlich auf die Minderung des zum Teile gestundeten Kaufpreises (Ziff. I zu § 472).

Literatur: Boeker, Gewährleistung beim Viehhandel; die wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache in leichtverständlicher Darstellung für praktische Landwirte. Hohensalza 1906. — Brandis, Kann der Käufer mindern, wenn nach vollzogener Wandelung Leistungsunmöglichkeit oder Verzug bezüglich der Kaufsache eintritt? DJZ. **06** 594. — Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kauf, GruchotsBeitr. **50** 494—500. — Grabner, Zur Auslegung des § 465 BGB., GruchotsBeitr. **50** 254—261. — Hinrichsen, Über Abnahmepflicht und Gewährleistungsanspruch des Käufers beim Viehkauf, MecklZ. **25** 133—155. — Jacusiel, Kurt, Kauf und Verkauf. Berlin 1906. — Josef, Abonnieren und Subskribieren, R. **06** 780—789. — Kaufmann, Minderung und Stundung, JW. **06** 645. — Kraus, Wirkung des Rücktritts vom Vertrag insbesondere der Wandelung beim Kauf, BayRpflZ. **06** 401. — Levy, Der Nachbesserungsanspruch des Käufers bei Mängeln der Speziessache als Erfüllungsanspruch.

(Diss. Leipzig.) 1906. — Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag, GruchotsBeitr. **50** 508—542. — Ders., Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Käufers wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung, DJZ. **06** 703. — Oertmann, Die Umtauschklausel, SeuffBl. **06** 685—670. — Schefold, Die Verjährung bei Trächtigkeitsgarantie, JW. **06** 2. — Springer, Der Kauf nach deutschem Rechte. Ein Leitfaden der deutschen gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf und ein Hilfsbuch für alle, die sich mit Käufen und Verkäufen zu befassen haben. Leipzig 1906. — Sternberg, Minderung und Stundung, JW. **06** 73. — Stölzle, Die Verjährung bei der Trächtigkeitsgarantie, JW. **06** 374. — Striebinger, Der Begriff der Abnahme bei Kauf und Werkvertrag. München 1906. — Then, Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf, BayRpflZ. **06** 225.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Natur des Sukzessivlieferungsvertrags. *Müller, GruchotsBeitr. **50** 508 ff. Sukzessivlieferungsvertrag im juristisch technischen Sinne ist ein einheitlicher Kaufvertrag über der Gattung nach bestimmte Sachen, bei dem die Lieferung der Ware in zeitlich getrennten Raten und für jede Rate abgesonderte Zahlung zu erfolgen hat. Durch die Vereinbarung, daß die Lieferung in zeitlich getrennten Raten und für jede Rate abgesonderte Zahlung zu erfolgen hat, wird zunächst Leistung und Gegenleistung des einheitlichen Vertrags in zeitliche Teile zerlegt. Dem Sukzessivlieferungsvertrag ist eigentümlich, daß diese Zerlegung dauernd wirkt. Jede Rate hat gegenüber der anderen Rate dauernd eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit. Daraus ergeben sich z. B. die Besonderheiten: Sind mehrere Raten fällig, so kann die angebotene Leistung einer Rate nicht durch einfachen Hinweis auf § 266 BGB. mit der Begründung zurückgewiesen werden, diese eine Rate sei nur ein Teil dessen, was jetzt zu leisten sei. Sind ferner an eine juristische Tatsache — Gläubigerverzug, Schuldnerverzug — verschiedene Rechtsfolgen wahlweise geknüpft — so an den Schuldnerverzug die im § 326 aufgezählten Rechte —, so kann, wenn diese juristische Tatsache — so z. B. Schuldnerverzug — zu mehreren Raten vorliegt, der andere Teil für jede Rate eine andere der verschiedenen Rechtsfolgen wählen. — Die einzelne Rate ist indes immer doch nur ein Glied des einheitlichen Vertrags. So wirkt der Schuldnerverzug mit einer Rate, die mangelhafte Lieferung einer Rate auch auf den ganzen Vertrag. Der vertragstreue Teil hat die Wahl, ob er die Wirkungen einer solchen Vertragsverletzung nur in bezug auf die konkrete Rate oder auch in bezug auf den übrigen Vertrag beanspruche. — Die erörterte Zerlegung des Vertrags kommt indes nur in Betracht für seine Erfüllung. Gründe der Anfechtung wegen Mängel bei seinem Abschlusse, Gründe der Nichtigkeit wegen seines Inhaltes wirken grundsätzlich nur für den ganzen Vertrag. Im einzelnen ist hervorzuheben: Der Annahme-(Gläubiger-)verzug wirkt nur für die Rate, deren Leistung der Gläubiger nicht angenommen hat. — Die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB. ist nur bezüglich der abgelieferten Ware begründet. Das Präjudiz der Genehmigung nach § 377 Abs. 2 ergreift deshalb nur die einzelne abgelieferte Rate, es sei denn, daß nach der besonderen Sachlage die eine Rate die ganze Lieferung für die Pflichten des Käufers nach § 377 vertritt.

2. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 499. Die in der Pflicht der Eigentumsverschaffung liegende und neben der Pflicht zur Übergabe und zur Auflassung über die letztere hinausgehende Verbindlichkeit ist trotz der parallelen Nebeneinanderstellung im § 433 nicht eine weitere Leistungspflicht, sondern eine Pflicht, bei der Leistung für Rechtsmängel einzustehen, eine Pflicht, für die Wirksamkeit des Eigentumsübertragungsakts zu haften, eine Gewährleistungspflicht.

3. Heuer, HansGZ. **06** Hptbl. 85 ff. Übersendet der Verkäufer die gekaufte Ware dem Käufer, so geschieht nicht nur die Versendung, sondern auch die zum Zwecke der Versendung vorgenommene Verpackung der Ware auf Kosten des

Käufers. Der Verkäufer braucht also mangels abweichender Vereinbarung das Verpackungsmaterial nicht umsonst zu liefern, sondern kann entweder seine Zurücklieferung oder Vergütung dafür beanspruchen. — Handelt es sich bei diesem Material um Gegenstände, die ihren Wert behalten und wiederholt zur Verpackung zu gebrauchen sind, so pflegen die vom Verkäufer dem Käufer über die Ware übersandten Fakturen eine Preisberechnung auch über die Emballage, außerdem aber Vermerke zu enthalten, daß sie binnen bestimmter Frist zu dem berechneten Preise oder einem gewissen Teile desselben zurückgenommen werden. Diese Vermerke sind rechtlich dahin zu charakterisieren, daß sie einen Vertragsantrag des Verkäufers an den Käufer darstellen, auf den nach der Verkehrssitte gemäß § 151 BGB. eine ausdrückliche Annahmeerklärung des Käufers nicht zu erwarten ist, der also ohne weiteres zu einem Vertragsschluß über die Behandlung der Emballage führt, wenn der von dieser Bedingung des Verkäufers Kenntnis nehmende Käufer nicht widerspricht. In Fällen, wo der Käufer auf Grund solcher vertragsmäßiger Vereinbarungen oder einer Usance das Verpackungsmaterial anstatt es zu bezahlen, zurücksendet, trägt er die Gefahr der Rücksendung.

4. *Siber, IheringsI. **50** 235 Anm. 3. Eine Verschaffungs-, keine bloße Übertragungspflicht (vgl. o. zu § 275 Ziff. 3) besteht immer hinsichtlich des Eigentums und regelmäßig auch hinsichtlich des Besitzes.

5. Josef, R. **06** 780. Verträge, durch die auf Zeitungen, Zeitschriften und Lieferungswerke abonniert oder subskribiert wird, sind Kaufverträge. — Im einzelnen wie Rehbein, IDR. **1** Ziff. 3. Josef untersucht sodann 782 ff., unter welchen Voraussetzungen man von einem mit dem Verleger oder mit dem Buchhändler abgeschlossenen Vertrage dieser Art zurücktreten, das bereits gezahlte Bezugsrecht zurückfordern und Schadensersatz beanspruchen kann.

6. Abnahmepflicht (IDR. **4** Ziff. I 1, **3** Ziff. III, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 5.) Striebinger 32 nimmt gegen Hohenstein, IDR. **3** Ziff. III 2, eine Abnahmepflicht auch bei unbeweglichen Sachen an, weil zur Tätigkeit des Abnehmers nicht erforderlich sei, daß die Sache in ihrer Lage verändert wird, vielmehr nur, daß der Verkäufer den Gewahrsam verliert.

7. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 145/146. Dem Verkäufer wie dem Käufer sind im Kaufvertrage vielfach auch Unterlassungspflichten auferlegt, z. B. der Verkäufer eines Geschäfts soll in demselben Stadtteil kein solches Geschäft mehr betreiben, der Käufer eines Hauses soll darin zehn Jahre lang keine Gastwirtschaft betreiben. Bei hartnäckiger Verletzung einer solchen Pflicht kann der andere Teil auf Unterlassung klagen. Näheres im Anhang zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles o. hinter § 231.

II. Aus der Praxis. 1. Abnahmepflicht. (IDR. **4** Ziff. II 1, **3** Ziff. III 3 u. o. Ziff. I 6.) **a)** **RG.** 2. 2. 06, R. **06** 372. Der eine Schadensersatzpflicht begründende Abnahmeverzug des Käufers besteht in dem Verzuge des Käufers in der Wegnahme der bereit gestellten Ware von dem Platze ihrer Lagerung. **b)** HessRspr. **7** 100 (LG. Darmstadt). Die Verpflichtung des Käufers zum Abruf der Ware innerhalb vertragsmäßiger Frist bildet keinen Teil der Verpflichtung zu Abnahme, ist vielmehr eine besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers zur Ablieferung der Kaufsache. Verzug in der Abrufpflicht versetzt nicht notwendig in Verzug der Abnahme.

2. **a)** **RG.** 13. 3. 06, **63** 57 ff., IW. **06** 305 ff., DIZ. **06** 599, RheinA. **103** II 257 ff. Auf die Veräußerung gegen Geld — den Verkauf — eines Handelsgewerbes mit Kundschaft finden die allgemeinen Bestimmungen über den Kauf und auf die Zusicherung im Kaufvertrage, daß das Handelsgewerbe einen näher bezeichneten Reinertrag hatte, die Bestimmungen über Gewährleistung für Zusicherungen einer Eigenschaft beim Kauf einer körperlichen Sache analoge Anwendung. **b)** Sächs.

RpflA. **06** 136 (Dresden) über den Verkauf einer Kundschaft und die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten.

3. **a**) SeuffA. **61** 6 (Hamburg). Auf den Kaufvertrag finden neben den speziellen Bestimmungen über den Kauf auch die im 2. Buche Abschn. 1—6 enthaltenen allgemeinen Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse Anwendung. Deshalb bei vertragswidriger Lieferung Haftung aus den §§ 276, 278. **b**) RheinA. **102** I 113 ff. (Cöln). Der Verkäufer haftet vertraglich aus dem Kaufe für Schäden, die dem Käufer aus der nicht verkehrssicheren Beschaffenheit der Verkaufsräume zustoßen.

4. **a**) SeuffBl. **06** 611 (Stuttgart). Es läßt sich nicht ohne weiteres annehmen, daß mit der Vereinbarung, der Kaufpreis solle mittels eines eine gewisse Zeit nach Ausstellung zahlbaren Akzepts bereinigt werden, gesagt sein soll: wenn dieses Akzept nicht alsbald ausgestellt werde, sei der Betrag, auf den es laute, sofort bar zu bezahlen. Denn das Akzept ist nicht gleich dem Geldbetrag, auf den es lautet, da bei sofortigem Umsatz des Akzepts der Diskont abgeht. AM. Staub, HGB. vor § 373 Anm. 41. **b**) HessRspr. **7** 64 (LG. Darmstadt) über die Beweislast bei befristeter Zahlung des Kaufpreises. Die Ansicht Stölzels wird für richtig erachtet.

5. BayObLG. **7** 363 ff. (BayObLG.). In der Übersendung der Ware an den Käufer liegt das Angebot des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum zu übertragen, die Einigung darüber, daß das Eigentum auf den Käufer übergehen soll, kann dadurch geschehen, daß der Käufer sich die Ware tatsächlich aneignet. Mit der Zurverfügungstellung der Ware wird das Angebot des Verkäufers dem Käufer gegenüber abgelehnt, allein es bleibt trotzdem noch aufrecht, solange der Verkäufer die Abnahme der Ware und die Zahlung des Kaufpreises verlangt.

6. HansGZ. **06** Hauptbl. 311 (Hamburg). Wenn der Käufer beim cif-Kauf wegen Unterganges des Schiffes die von ihm auszulegende und deswegen von dem Fakturenbetrag gekürzte Fracht nicht zu bezahlen hat, so muß er sie dem Verkäufer erstatten.

7. Über den Kauf eines Automobils inkl. Fahrenlernen OLG. **13** 403 (Hamburg). Der Verkäufer hat den Unterricht zu erteilen, es besteht aber hinsichtlich seiner keine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme aus Abs. 2.

8. **RG.** BayRpflZ. **06** 140. Der Verkäufer kann im Zweifel Ersatz der durch ihn amortisierten Hypothekenbeträge vom Käufer fordern.

9. **a**) **RG.** 15. 11. 05, HoldheimsMSchr. **06** 43. Eine Rechtsvermutung, daß jeder unlautere Akt vor dem Abschluß eines Kaufgeschäfts für diesen bestimmend gewesen, oder daß jede unrechte Tat Schaden gestiftet, gibt es nicht. **b**) **RG.** 3. 7. 06, JW. **06** 544 über den Einfluß betrügerischen Handelns gegenüber Dritten bei Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs des Käufers gegenüber dem Verkäufer.

§ 434. 1. WürttJ. **17** 292 (Stuttgart). Daß ein Verkäufer die Nichtbeseitigung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen an sich gemäß § 434 als Mangel im Rechte zu vertreten habe, widerspricht ebenso dem Wortlaut und Sinne des Gesetzes, wie sich die Folgerungen aus einem solchen Rechtssatz als unmöglich erweisen.

2. SächsOLG. **27** 277 ff. (Dresden) über die Voraussetzungen, unter denen sich der Anspruch des Käufers auf Beseitigung nicht übernommener Lasten in eine Schadensersatzforderung umwandeln kann.

§ 436. **a**) OLG. **12** 52 (Marienwerder). Lasten, die durch eine besondere Vereinbarung zwischen der Stadt und dem Grundstückseigner gelegentlich der Fluchtlinienfestsetzung getroffen worden sind, haben nicht den Charakter von öffentlichen Lasten. Vgl. **RG. 56** 4 ff. **b**) **RG.** 13. 6. 06, BayRpflZ. **06**

361. Vertragsmäßige Versicherung, daß die Straßenanliegerbeiträge bezahlt seien, verpflichtet den Verkäufer in der Regel zur Befreiung des Käufers von etwaigen Nachforderungen solcher Beiträge.

§ 437. *Brückmann, Über Kundenpapiere, KGBl. 06 1/2, wendet in der Frage, wofür der Hingebende bei „Kundenwechseln" haftet, den § 437 Abs. 1 analog an: mindestens der rechtliche Bestand der Forderung muß gesichert sein. Weiteres s. o. Ziff. 2 zu § 243.

§ 438. Über den Übergang eines Garantieversprechens nach § 438 auf den Zessionar s. o. Ziff. 1b zu § 401.

§ 440. Abs. 2. HansGZ. **06** Beibl. 201, OLG. **13** 405 (Hamburg). Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß der Käufer einer beweglichen, ihm übergebenen Sache mangels Verschaffung des Eigentums von dem Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn die Sache einem Dritten in Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben ist, einerlei, ob dies von dem Käufer selbst oder von einem Nachmann desselben geschehen ist.

§ 444. OLG. **12** 53 (Hamburg). Unter § 444 fallen auch Angaben über Mietverträge und Illaten.

§ 446. 1. Doppelverkauf derselben Sache. (JDR. **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1.) *Riezler, AcivPr. **98** 391 ff. Nimmt der Verkäufer einen Doppelverkauf derselben Sache vor, indem er an K. 1 übergibt und an K. 2 aufläßt (oder indem er an K. 1 übergibt und sein Vertreter an K. 2 aufläßt), so trägt K. 2, wenn er zufolge der Auflassung im Grundbuch eingetragen wird, die Gefahr nach Abs. 2. Dem K. 1 gegenüber, dem nur übergeben, aber nicht aufgelassen wurde, befindet sich der Veräußerer in einer von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung, weil das Risiko der Doppelhandlung denjenigen trifft, in dessen Verhältnissen sie begründet ist. Wenn daher der Veräußerer unter Berufung auf den Gefahrübergang auf Grund der Übergabe (§ 446 Abs. 1) von K. 1. den Kaufpreis fordert, hält dieser ihm seine Forderung auf Schadensersatz entgegen oder tritt vom Vertrag zurück. Wählt K. 1 den Rücktritt vom Vertrag, so ist die Kaufpreisforderung des Veräußerers ohnehin erloschen. Aber auch wenn K. 1 den Schadensersatzanspruch wählt, kann der Veräußerer von ihm nicht den Kaufpreis fordern, weil dolo facit qui petit quod redditurus est.

2. Über Tragung der Umsatzsteuer s. u. zu § 449.

3. Gefahrübergang bei Eigentumsvorbehalt s. u. zu § 455.

§§ 446, 447. MecklZ. **24** 329 (LG. Güstrow). Die §§ 446, 447 bestimmen nicht, daß der Verkäufer vor der Übergabe der verkauften Sache bzw. Versendung den zufälligen Untergang und jegliche zufällige Verschlechterung der Sache zu tragen hat.

§ 447. **a)** R. **06** 1257 (Breslau). Eine vorzeitige Auslieferung ohne ausdrückliche Anordnung des Käufers, wie z. B. die Beauftragung zur Einladung in einen bereiten Kahn, der erst an einem späteren Tage als mit der Beendigung der Einladung abschwimmen soll, beläßt die Gefahr bis zu der Zeit, an der ordnungsgemäß abgeladen werden muß, bei dem Verkäufer. **b)** HessRspr. 6 172 (LG. Gießen). Auch bei einer vor dem hierfür bestimmten Zeitpunkt erfolgten Auslieferung der verkauften Sache an die Transportanstalt bleibt die Vorschrift des § 447 Abs. 1 über den Gefahrübergang in Geltung.

§ 449. OLG. **13** 408 (KG.). Die Umsatzsteuer gehört nicht zu den Kosten, die nach § 449 der Käufer zu tragen hat; sie stellt sich auch nicht als eine auf dem Grundstücke ruhende Last dar, die der Käufer nach § 446 zu tragen hätte.

§ 455. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte. (JDR. **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, 2 zu § 455, **1** Ziff. 3.). **a)** R. **06** 1257, SeuffA. **62** 59 (Jena). Beim Verkauf eines Pferdes mit Eigentumsvorbehalt geht mit der

Übergabe die Gefahr auf den Käufer über, der damit auch berechtigt wird, den dem Pferde durch ein anderes Pferd zugefügten Schaden vom Halter des letzteren ersetzt zu verlangen. Ebenso OLG. **13** 409 (Jena). b) HansGZ. **06** Hptbl. 33 f. (Hamburg). Durch besondere vertragliche Abmachung kann der Zeitpunkt des Gefahrüberganges abweichend vom Gesetz bestimmt werden.

2. BayRpflZ. **06** 381 (Zweibrücken). Ein Eigentumsvorbehalt kann auch im voraus in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung derart verabredet werden, daß er für die einzelnen nachfolgenden Geschäfte auch ohne neue besondere Verabredung wirksam ist.

3. **RG.** 20. 10. 06, JW. **06** 759. Auch beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt hat der Verkäufer seinen Pflichten noch nicht durch die Übergabe genügt, vielmehr muß sein Wille, Eigentum zu übertragen, in dem Momente vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Da der dingliche Vertrag erst mit dem Eintritt der Bedingung geschlossen wird, besteht bis zu diesem Zeitpunkt die obligatorische Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrag als eine noch nicht erfüllte fort (§ 17 KO.).

4. ElsLothJZ. **06** 29 (Colmar). Der Eigentumsvorbehalt bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises hat regelmäßig, wenn nicht ausdrücklich die Parteien etwas anderes vereinbart haben, die Wirkung, daß der Eigentumsübergang von der aufschiebenden Wirkung der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird. Die Dritten gegenüber wirksame dingliche Wirkung des Eigentumverbleibs bei dem Verkäufer bleibt selbständig neben dem obligatorischen Rechte gegen den Käufer bestehen, und kann daher jedes Recht neben dem anderen geltend gemacht werden.

5. RheinA. **102** I 196 (Cöln). Verkauft jemand Sachen unter Eigentumsvorbehalt und läßt dann diese Sachen für einen rückständigen Teil des Kaufpreises pfänden und versteigern, so kann er trotzdem anderen pfändenden Gläubigern gegenüber die Rechte aus dem vorbehaltenen Eigentum geltend machen.

6. HessRspr. **7** 59 (Darmstadt). § 455, der einen unbedingten Kauf voraussetzt, kann bei einem Kaufe auf Probe nicht angewandt werden.

7. Über Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe mehrerer Gegenstände zu einem Gesamtpreise handelt BayRpflZ. **06** 66 (Zweibrücken).

8. Über Oertmanns Eigentumsvorbehalt an in Gebäude eingefügten Maschinen R. **06** 1114, s. o. zu § 93 Ziff. I 2a.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. Sukzessivlieferungsgeschäft. (JDR. **4** u. **3** Ziff. 3 zu § 326, **2** Ziff. 2 zu §§ 459 ff. u. Ziff. 6 zu § 326 u. o. Ziff. 3 zu § 326.) *Müller, GruchotsBeitr. **50** 508—542. Wird eine Rate mangelhaft geliefert, so stehen dem Käufer bezüglich dieser Rate alle Rechte zu, die beim Gattungskauf der Käufer aus mangelhafter Leistung hat. Zur Frage, ob mangelhafte Lieferung einer oder mehrerer Raten Wirkungen auf den übrigen noch nicht erfüllten Vertrag hat, bietet folgender Fall keine Schwierigkeiten. Verlangt nämlich der Käufer nach § 480 Abs. 1 BGB. an Stelle der gelieferten mangelhaften Rate eine mangelfreie, so sind an den Verzug mit Leistung dieser mangelfreien Rate die Rechte aus § 326 geknüpft. (Vgl. o. Ziff. 3 zu § 325 ff.) Damit ist ein sicherer Weg an die Hand gegeben, um mittelbar zur Anwendung des § 326 zu gelangen. Das gedachte Aushilfsmittel ist indes nicht ausreichend. Im übrigen ist eine ausdehnende Anwendung des § 469 BGB. rechtlich nicht bedenkenfrei, auch der rechtliche Gesichtspunkt einer vom Verkäufer zu vertretenden Unmöglichkeit bietet geringe Aushilfe. Nach der in der Rechtsprechung des RG. mehrfach vertretenen Auffassung begründet beim Gattungskauf die vom Verkäufer zu ver-

tretende mangelhafte Leistung neben den Gewährleistungsansprüchen einen Anspruch aus dem Verschulden. Die gedachte rechtliche Auffassung ermöglicht, die von dem Verkäufer zu vertretende mangelhafte Leistung einer Rate als positive Vertragsverletzung zu beurteilen und wenn dadurch der Vertragszweck gefährdet ist, zur analogen Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 in bezug auf den übrigen noch nicht erfüllten Vertrag zu gelangen.

§ 459. I. 1. *Werthauer, HoldheimsMSchr. **06** 272. Der Käufer braucht nicht Ware anzunehmen, die der Verkäufer (Verlagsbuchhändler) mit geheimen Zeichen markiert, um etwaiger Preisschleuderei des Käufers auf die Spur zu kommen. Wenn sich die Zeichen nicht schon als erheblicher Sachmangel darstellen, gilt solche Lieferung jedenfalls als gegen Treu und Glauben bewirkt. Der Käufer eines Buches will neutrale Ware haben, nicht zu irgendeinem Zwecke präparierte und dadurch individualisierte; am wenigsten darf ihm zugemutet werden, bei einer Falle, die ihm gestellt werden soll, mitzuwirken.

2. *Levy, Nachbesserungsanspruch 6 ff., 40 ff. Eine gesetzliche Pflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung besteht an sich weder bezüglich der Mängel des § 459 Abs. 1 Satz 1 noch bezüglich der des Abs. 2 § 459; auch nicht ein Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch; ebensowenig ein Recht der Annahmeverweigerung wegen Nichterfüllung (9, 46). Von den mehreren Arten der Garantie (vornehmlich: Lieferungs-, Ersatz-, Rücktrittsgarantie, 35) behandelt das Gesetz nur die Ersatzgarantie (37), deren Wesen nicht auf Beschaffung der fehlenden Eigenschaft, sondern auf verschärften Ersatz geht. Der „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" des § 463 ist nur Maßstab für den Inhalt der versprochenen Garantie, nicht Folge einer Nichterfüllung (45). — Dagegen können Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände die gesetzliche Pflicht des Verkäufers ergeben, die Kaufsache frei von unerheblichen Mängeln i. S. des Satz 2 Abs. 1 § 459 zu liefern (20). Vgl. auch Levy zu § 462 Ziff. I 1.

II. Aus der Praxis. A. Abs. 1. RG. 11. 10. 05, JW. **06** 57, PucheltsZ. **06** 67, BayRpflZ. **06** 42. Die beschränkte Benutzbarkeit von Räumen eines Hauses kann einen Sachmangel des Hauses darstellen (vgl. schon Gruchots Beitr. **41** 870), insbesondere auch die Polizeiwidrigkeit eines Ateliers (auch wenn keine Gewährleistung wegen desselben vorliegt).

B. Abs. 2. 1. **a)** RG. 6. 10. 06, JW. **06** 712, SeuffA. **62** 7, BadRpr. **07** 10. Zusicherungen, daß eine zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandene Sacheigenschaft auch in Zukunft fortdauere, oder daß eine nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sei, rechtfertigen nicht die Anwendung des § 459, bilden vielmehr den Gegenstand eines Garantievertrags. **b)** OLG. **12** 56 (Karlsruhe). Die Haftung des Verkäufers in bezug auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die Sache die zugesicherten Eigenschaften haben muß, kann eingeschränkt oder ausgedehnt werden. Auch dann Haftung nach Maßgabe der §§ 459, 462 und nicht etwa auf Grund eines besonderen Garantievertrags.

2. **a)** HansGZ. **06** Hptbl. 309, OLG. **13** 418 (Hamburg). Die sog. Erwartungsklausel stellt die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft dar und berechtigt daher den Käufer, die Ware, die erst nach Ablauf der Erwartungsfrist geliefert wird, als vertragswidrig abzulehnen. **b)** OLG. **12** 54 (Colmar). In der Bestimmung „nach Bedarf" muß mindestens die Zusicherung des Käufers verstanden werden, daß ein gewisser Bedarf in der Zukunft vorhanden sein werde. **c)** BayRpflZ. **06** 428 (Augsburg). Gewöhnliche Kaufanpreisungen, insbesondere die Angabe eines bestimmten Wertes der Sache, bilden keine zugesicherte Eigenschaft im Sinne von Abs. 2.

3. **a)** Ertragsfähigkeit eines Grundstücks eine Eigenschaft: SächsRpflA. **06** 78 ff. (Dresden), wie RG. JW. **02** Beil. 270. Vgl. auch Crome, JDR. **1** Ziff. 6. **b)** RG. 3. 2. 05, R. **06** 295. Als erheblich und willensbestimmend wird bei Grundstücksveräußerungen der augenblicklich und zufällig zur Zeit des Vertragsabschlusses vereinbarte und gezahlte Miet- oder Pachtzins und nicht der wahre dauernde Ertragswert zu gelten haben. **c)** RG. **63** 61, JW. **06** 305 ff., DJZ. **06** 599, RheinA. **103** II 257 ff., PucheltsZ. **06** 585 ff. Auf die Zusicherung im Kaufvertrage, daß das Handelsgewerbe einen näher bezeichneten Reinertrag hatte, sind die Bestimmungen über Gewährleistung für Zusicherungen einer Eigenschaft beim Kauf einer körperlichen Sache analog anzuwenden. **d)** R. **06** 681 (Braunschweig). Ist der Jahresumsatz eines verkauften Geschäfts zugesichert, so kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, ob und wieweit der Begriff „Jahresumsatz" durch die Ergebnisse eines mehrjährigen Zeitraums bestimmt wird.

4. RG. ZBlFG. **7** 28 bereits JDR. **4** Ziff. II 4b.

5. Über das Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu den §§ 459 ff. s. o. zu § 119 Ziff. I 1.

§ 460. RG. 11. 7. 05, GruchotsBeitr. **50** 368 ff., NaumburgAK. **06** 5. Es genügt für die Nichtanwendung des § 460 Satz 1, wenn der Käufer trotz seiner Kenntnis der äußeren Fehler der Sache den Umstand nicht kennt, daß durch diese Fehler der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufgehoben oder gemindert ist, sofern ihm dies nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Denn in solchem Falle kennt der Käufer diese Fehler in ihrer Gesamtheit, namentlich in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht.

§ 461. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 42. An Stelle des Pfandgläubigers haftet der Verpfänder für diejenigen Sachmängel, deren Vorhandensein bei bestehendem Pfandrechtsverhältnis dem Gläubiger gegenüber eine Verletzung des Pfandvertrags wäre, nicht aber für die, die gegen den zwischen Gläubiger und Erwerber geschlossenen Kaufvertrag verstoßen.

§ 462. I. Nachbesserungsanspruch des Käufers. (JDR. **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5.) 1. *Levy 52 ff. Der Verkäufer ist zur vollen Erfüllung des Kaufvertrags nach Treu und Glauben, also gesetzlich verpflichtet, die Sache dem Käufer in dem Zustande zu leisten, in dem sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befand; er haftet für sein und seiner Hilfspersonen Verschulden (i. S. der §§ 276, 278) nach Kaufabschluß vor Gefahrübergang (54). — Obhutspflicht (sofern nicht vertraglich ausgeschlossen). Bei deren Verletzung hat der Käufer zunächst den Nachbesserungsanspruch (bezüglich aller Mängel des § 459) als Erfüllungsanspruch. Die allgemeinen Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen konkurrieren mit denen aus Sachmängelhaftung notwendig, Grund und Maß gibt die Obhutspflicht (57). Ist die Beseitigung des Mangels in vom Verkäufer zu vertretender Weise unmöglich geworden, so tritt § 325, liegt Verzug vor, so tritt § 326 in Kraft (57/58). Die Konkurrenz tritt jedoch nur ein, wenn die Verletzung der Obhutspflicht zur Zeit des Gefahrüberganges noch nicht geheilt ist; vorher können nur die Ansprüche aus den allgemeinen Vorschriften entstanden sein, also allein zur Anwendung kommen (57). (Vgl. Levy, o. Ziff. I 2 zu § 459; Krückmann o. Ziff. I 1 zu § 119.)

2. *Siber, KrVSchr. **46** 532 f. Wandelung und Minderung stellen keine Wahlschuld dar, sondern zwei zur Wahl stehende Ansprüche. Näheres o. Ziff. 1 zu §§ 262 ff.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **12** 59 (Hamburg). Die Befugnis des Käufers, zu wandeln, ist nach dem Rechte zu beurteilen, dem seine Verpflichtungen überhaupt unterliegen (vgl. RG. **55** 105).

2. HansGZ. 06 Hptbl. 33 ff., OLG. 12 53 (Hamburg). Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Käufer dem Verkäufer erklärt hat, die Sachen seien von ihm in tadelloser Beschaffenheit überliefert und sie entsprächen in jeder Weise seinen Anforderungen.

3. HansGZ. 06 Beibl. 163 (Hamburg). Wenn die Wandelung unwirksam wird, gewinnt der Käufer die durch die Wandelung verlorenen Ansprüche auf Minderung oder Schadensersatz nicht wieder zurück (dort Literaturangaben). Es treten die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrage wieder in Kraft, wenn das Wandelungsrecht verloren geht. Vgl. SeuffA. 58 435 (Marienwerder).

4. HansGZ. 06 Hptbl. 33 ff., OLG. 12 53 (Hamburg). Es ist Sache der Vertragsauslegung, ob der Wandelungsanspruch während der vertraglichen Garantiezeit ruht.

5. SchlHolstAnz. 06 145 (Kiel). Anfechtung eines Kaufvertrags wegen Irrtums bei Mängeln der Sache ausgeschlossen. Ebenso bereits RG. JW. 05 527, DJZ. 05 960 in JDR. 4 Ziff. 3. Vgl. o. Ziff. I 1 u. II A 10 zu § 119.

6. Über einen Fall der Aufrechterhaltung des Wandelungsanspruchs trotz Benutzung der gekauften Anlage s. o. zu § 351.

7. RG. 6. 6. 05, JDR. 4 Ziff. 4a jetzt auch SeuffA. 61 307.

§ 463. 1. **a**) HansGZ. 06 Hptbl. 196 (Hamburg). Beim Kauf einer bestimmten Partie kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dann gefordert werden, wenn den angedienten Waren eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn bei gekauftem Quebracho-Extrakt eine Anzahl von Säcken aneinanderklebt und aus anderen Säcken der Extrakt herausgequollen ist, weil dadurch die Eigenschaft der Ware als Quebracho-Extrakt in Säcken nicht aufgehoben ist. **b**) RG. HoldheimsMSchr. 06 256. Der Käufer kann von der auf Deckungskäufe gegründeten Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung zur Forderung des abstrakten Schadens übergehen.

2. Über Zusicherung o. Ziff. II B 3c zu § 459 und Levy o. Ziff. I 2 zu § 459.

§ 464. 1. RG. 30. 10. 06, JW. 06 763, LeipzZ. 07 50, bestätigt OLG. 13 444 (Marienwerder). § 464 findet auf handelsrechtliche, wie auf nicht handelsrechtliche Käufe gleichmäßig Anwendung, auch hat durch § 377 HGB. die Anwendung des § 464 namentlich was die Frage betrifft, ob in Handlungen oder Unterlassungen eine Annahme zu finden sei, nicht modifiziert werden sollen. Nicht in *jeder* der Bestimmung des § 377 HGB. entsprechenden Mängelanzeige des Käufers ist zugleich ein nach § 464 BGB. genügender Vorbehalt seiner Rechte wegen des Mangels zu erblicken. — Für den Begriff der Annahme im Sinne des § 464 ist es nicht erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose angenommen hat; vielmehr genügt es, wenn der Gläubiger die als Leistung aus dem Vertrage angebotene Leistung körperlich hinnimmt und dabei durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne.

2. SchlHolstAnz. 06 261 (Kiel). Der Grundsatz des § 464 muß auch für den Käufer gelten, der in Kenntnis des Mangels den Kaufpreis für die Sache zahlt.

§ 465. I. *Rechtliche Natur der Wandelung.* (JDR. 4, 3, 2, 1 zu § 465.) 1. **a**) *Grabner*, GruchotsBeitr. 50 254 ff., wendet sich gegen die Vertragstheorie, indem er nachweist, daß von den allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Vertrag (§§ 145 ff.) die wesentlichsten Bestimmungen auf den § 465 unanwendbar seien (258). Er bezeichnet sodann RG. 59 97 ff. (JDR. 4 Ziff. 2) als eine recht unglückliche Entscheidung. Die Mißverständnisse, in die das RG. geraten sei, würden vermieden, wenn man sich über die Bedeutung des Begriffs

„Verlangen" im § 465 klar sei. Das Wort habe hier den Sinn der Erhebung eines Anspruchs auf Grund eines vorhandenen Rechtes; das „Verlangen" sei der Ausfluß des im § 462 gewährten Rechtes. Mithin könne der Käufer auf den § 465 keine Klage auf Wandelung oder Minderung stützen, vielmehr bildeten stets Kaufvertrag und mangelhafte Lieferung den Klagegrund (259). **b**) Grabner 261 erklärt die Ansicht, die Klage, die auf Wandelung oder Minderung gerichtet ist, schließe die Klage auf Erklärung des Einverständnisses in sich (JDR. **3** Ziff. 1c zu § 462), für unhaltbar, weil gerade der Leistungsklage eigentümlich sei, daß bei ihr der Wille des anderen Teiles gleichgültig ist.

2. Gründe für die Vertragsnatur der Wandelung und Minderung bei *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 44 f.

II. Aus der Praxis. **a**) **RG.** 15. 6. 06, HoldheimsMSchr. **06** 257, GruchotsBeitr. **51** 170 ff., R **06** 857. Die Vorschrift des § 465 hat nicht die Bedeutung, daß die von dem Verkäufer abgegebene Erklärung des Einverständnisses mit der von dem Käufer verlangten Wandelung gewissermaßen als Formalakt unter allen Umständen, namentlich auch dann das sofortige bindende Zustandekommen bewirke, wenn im übrigen die allgemeinen Voraussetzungen für die Perfektion der hierbei in Betracht kommenden vertraglichen Vereinbarung nicht vorliegen. **b**) OLG. **12** 56 (Naumburg). Das lediglich den Wandelungs-Leistungsanspruch zuerkennende Urteil macht keine Rechtskraft für den Wandelungsvollzug. **c**) HansGZ. **06** Beibl. 163 (Hamburg). Eine Vollziehung der Wandelung ist jedenfalls dann als erfolgt anzusehen, wenn der Leistungsanspruch des Wandelungsklägers ganz oder teilweise erfüllt wird.

§ 467. I. 1. *Springer, Kauf 115. Man wird dem Käufer dann das Recht zusprechen müssen, Wandelung hinsichtlich der ganzen Lieferung zu verlangen, auch wenn sie nur zum Teil mangelhaft ist, wenn der Käufer kein Interesse daran hat, bloß einen Teil zu behalten.

2. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 44 f., 57. Aus der Bezugnahme des § 356 folgt für die Wandelungsklage Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. Haben jedoch von mehreren Verkäufern einzelne sich mit der Wandelung bereits einverstanden erklärt, so ist die Klage nur noch gegen die übrigen zu richten. Gesamthänder sind, weil hier die von einem abgegebene Erklärung wirkungslos ist, immer gemeinschaftlich zu verklagen.

3. Brandis, DJZ. **06** 594. Die Frage, ob der Käufer mindern kann, wenn nach vollzogener Wandelung Leistungsunmöglichkeit oder Verzug bezüglich der Kaufsache eintritt, ist dahin zu entscheiden, daß, wenn der Verkäufer auf den Kaufpreis zurückgreift, er sich die Minderung seitens des Käufers gefallen lassen muß. Wenn aber andererseits der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rückleistung begehrt, so richtet sich die Höhe des Schadensersatzes nach dem Werte des zurückzugewährenden Kaufgegenstandes.

4. Kraus, BayRpflZ. **06** 401. Die Rücktrittserklärung (§ 346) hat auch bei entsprechender Anwendung auf die Wandelung nur obligatorische Wirkung. Solange daher die Rückübertragung der gekauften Sache auf den Verkäufer nicht nach den §§ 925 ff. erfolgt ist, kann die gekaufte Sache für einen Gläubiger des Käufers gepfändet werden, auch wenn sich der Verkäufer bereits mit der Wandelung einverstanden erklärt hat.

II. Aus der Praxis. **a**) **RG.** 16. 2. 06, JW. **06** 202. Ersatz von Fracht und Zoll kann neben der Rückforderung des Kaufpreises mit der Wandelungsklage verlangt werden. **b**) **RG.** 7. 10. 05, SeuffA. **61** 49. Nach vollzogener Wandelung eines Grundstückskaufes kann der Käufer eine Vergütung für die Verwaltung des Grundstücks nicht fordern. **c**) Über die Haftung des Käufers

nach vollzogener Wandelung bei Rückgewähr der gekauften Sache OLG. **13** 415 (Dresden).

§ 469. RheinA. **102** I 123, PucheltsZ. **06** 267 (Cöln). Handelsgärtner dürfen nach Handelsgebrauch beim Empfange gekaufter Pflanzen nur die ganze Lieferung, nicht bloß einzelne Stücke beanstanden und zur Verfügung stellen.

§ 472. I. Wie ist die Minderung des zum Teil gestundeten Kaufpreises zu vollziehen? (JDR. **4** Ziff. 1.) a) *Sternberg, JW. **06** 73 ff. Auf Grund der Minderung ist der Käufer berechtigt, den Kaufpreis, soweit er gezahlt ist, zurückzuverlangen. Soweit der Kaufpreis nicht getilgt ist, wird der Käufer von seiner Verpflichtung befreit. Auf die einmal gewährte Stundung des ganzen oder eines Teiles des Kaufpreises (gleichgültig, ob ohne oder gegen hypothekarische Sicherheit) ist die später festgestellte Minderung ohne Einfluß. Wird der auf 100 000 M. vereinbarte Kaufpreis eines Grundstücks, von dem 10 000 M. bar bezahlt sind, während für den Rest eine Hypothek auf dem verkauften Grundstücke für den Verkäufer eingetragen worden ist, später um 20 000 M. gemindert, so ergibt sich danach für den Verkäufer die Verpflichtung, die empfangenen 10 000 M. zurückzuzahlen, während in Höhe der übrigen 10 000 M. der Käufer von seiner Verbindlichkeit befreit wird, was zur Folge hat, daß die Restkaufgeldhypothek in Höhe dieses Betrags als Grundschuld auf den Käufer als den Eigentümer des belasteten Grundstücks übergeht (§§ 1163, 1177 BGB.). Anders liegt der Fall, wenn der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis Schuldverbindlichkeiten des Verkäufers, für die das verkaufte Grundstück haftet, mit der ausdrücklichen Abrede übernimmt, daß er die neue Verbindlichkeit, die auf Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers dessen Gläubigern gegenüber gerichtet ist, dem Verkäufer gegenüber an Erfüllungsstatt übernimmt (§ 364 Abs. 2 BGB.). In diesem Falle würde mit der Übernahme der neuen Verbindlichkeit die Kaufgeldforderung getilgt sein, so daß der Käufer die Zahlung der gesamten 20 000 M., um die der Kaufpreis nachher gemindert wird, verlangen könnte. **b)** Gegen Fränkel (JDR. **4** Ziff. 1) und gegen Sternberg wendet sich Kaufmann, der davon ausgeht, daß der mindernde Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung irgendwelcher Beträge nur auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haben könne. Es könne deshalb der Verkäufer nur dann und insoweit zur Rückzahlung gegenüber dem mindernden Käufer verpflichtet werden, wenn bzw. als der ihm gezahlte Betrag den ihm nach § 472 BGB. gebührenden Kaufpreis übersteigt.

II. Berechnung des Schadensersatzanspruchs bei arglistiger Täuschung des Käufers. a) **RG. 62** 384 ff., DJZ. **06** 541. Der Regel nach wird auch in diesem Falle der Schaden sich mit dem Anspruch aus § 472 decken. Nur dann, wenn der objektive Wert der Sache in mangelfreiem Zustande nicht gleich dem Kaufpreis ist, ist der Schaden aus arglistiger Täuschung anders zu berechnen, da die Regel des § 472, daß selbst dann, wenn der objektive Wert der mangelfreien Sache höher sei als der vereinbarte Preis, dieser letztere nach Verhältnis des objektiven Wertes der mangelfreien Sache zu dem der mangelhaften Sache zu berechnen sei, hier nicht gilt. Vgl. hierzu auch RheinA. **103** I 153 ff. (Cöln). **b) RG.** 20. 1. 06, BayRpflZ **06** 140. Vorausgesetzter, aber beim Kaufe nicht erwähnter außerordentlicher Wert der Sache kommt bei Berechnung des Minderwerts und Schadensersatzes nicht in Betracht.

§ 476. 1. **RG.** 2. 12. 05, **62** 122 ff., SeuffA **62** 8 ff., JW. **06** 56. Die Nichtigkeit des vertragsmäßigen Ausschlusses der Gewährleistung nach § 476 tritt nur insoweit ein, als die Arglist reicht. Ist somit bei Ausschluß der Gewährleistung wegen mehrerer Mängel ein einzelner von ihnen arglistig ver-

schwiegen, so ist die die Gewährleistungspflicht ausschließende Abrede nur in Ansehung des verschwiegenen Mangels nichtig, bleibt im übrigen aber wirksam.

2. Über arglistiges Verschweigen u. Ziff. II 2 zu § 477.

3. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 139.

§ 477. I. Müller, DJZ. **06** 703 ff. Der außer den speziellen Rechten aus dem Kaufvertrage dem Käufer zustehende allgemeine Anspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung (der Anspruch auf Schadensanspruch wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrags) unterliegt nicht der kurzen Verjährung des § 477 BGB., sondern der allgemeinen Verjährung und schützt den Käufer somit in denjenigen Fällen, in welchen ihn die besonderen Käuferrechte infolge ihrer Verjährung schutzlos lassen. Gegen **RG. 53** 203 (JDR. **1** Ziff. 1) und **RG. 56** 167 (JDR. **3** Ziff. 1).

II. Aus der Praxis. 1. Ablieferung. (JDR. **4** Ziff. 1, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 2.) **a)** **RG.** 16. 12. 04, SächsRpflA. **06** 35. Eine Ablieferung im Sinne des § 477 ist noch nicht erfolgt, wenn ein Dritter, dem der Käufer eines erst auszusuchenden Automobils seine Rechte übertragen hat, unter Mitwirkung des Käufers und mit Zustimmung des Verkäufers ein bestimmtes Automobil aus dem Lager des Verkäufers zwar aussucht, dann noch untersucht hat und erst nach diesem Aussuchen und Untersuchen mit dem Verkäufer einen Verwahrungsvertrag und Verkaufsauftrag abschließt. **b)** RheinA. **102** I 247 ff. (Cöln). Ablieferung ein tatsächlicher Vorgang, der den Käufer in die Lage versetzt, nicht nur über die Sache zu verfügen, sondern auch sie zu untersuchen.

2. Arglistiges Verschweigen. (JDR. **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 1 zu § 476.) **a)** **RG.** 20. 4. 06, HoldheimsMSchr. **06** 202. Das Erfordernis der arglistigen Verschweigung des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, durch welche die im § 477 vorgesehene sechsmonatige Verjährung des Anspruchs auf Wandelung ausgeschlossen wird, ist ein geringeres als das Erfordernis der arglistigen Täuschung im Sinne des § 123. Im § 477 ist insbesondere nicht erforderlich, daß die arglistige Verschweigung für die Willensbestimmung des Käufers beim Abschluß des Geschäfts bestimmend gewesen ist. **b)** **RG.** 19. 1. 06, **62** 300 ff., JW. **06** 131. Zur Annahme eines arglistigen Verschweigens reicht auch ein grobfahrlässiger Verstoß gegen Treu und Glauben nicht aus. Der Arglistige muß wissen oder wenigstens mit der Möglichkeit rechnen, daß der andere nicht weiß; es genügt nicht, daß er sich dies sagen mußte. **c)** **RG.** 16. 6. 06, R. **06** 943. Da eine gänzliche Schwammbeseitigung, wenn auch schwierig, so doch nicht unbedingt ausgeschlossen ist, handelt der Verkäufer eines Hauses, der fest an eine solche Schwammbeseitigung glaubt und deshalb das frühere Schwammvorkommen nicht mehr für erheblich erachtet und dem Käufer darüber nichts mitteilt, nicht arglistig.

3. Verabredung einer Garantiefrist. (JDR. **2** Ziff. 3.) **a)** **RG.** 27. 4. 06, HoldheimsMSchr. **06** 276. Auch durch die Übernahme einer zeitlich unbestimmten Garantie für zugesicherte Eigenschaften der verkauften Sache wird der Beginn der Verjährung des Wandelungsanspruchs gemäß § 477 jedenfalls nicht weiter hinausgeschoben, als bis zu dem Zeitpunkt, wo der Käufer den Mangel als der Kaufsache dauernd anhaftend endgültig erkannt hat. **b)** OLG. **13** 334 (Hamburg). Für die Beantwortung der Frage, ob die Parteien durch Beredung einer Garantiefrist diese an Stelle der gesetzlichen Verjährungsfrist haben setzen wollen, kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an. Für eine Vermutung solcher Absicht ist kein Raum. Dagegen erblickt Düringer-Hachenburg III 161 in der Einräumung einer langen Garantiefrist im Zweifel eine Verlängerung der Verjährungsfrist. **c)** KGBl. **06** 50 (LG. I Berlin).

Mittelbar wird der Beginn und das Ende der Verjährungsfrist durch eine Garantieübernahme auf eine bestimmte Zeit beeinflußt.

4. R. **06** 243 (Hamm). Wenn auf Anerkennung des Wandelungsanspruchs und Rückzahlung des Kaufpreises wegen eines bestimmten Mangels geklagt wird, so wird dadurch nicht zugleich die Verjährung des auf einen anderen Mangel zu stützenden Wandelungsanspruchs unterbrochen. Zur besonderen Unterbrechung der Verjährung des letzteren bedarf es nicht unbedingt der Erhebung einer besonderen Klage, sondern es genügt, vorbehaltlich des Rechtes des Beklagten, die etwaige Unzulässigkeit der Klagänderung zu rügen, die rechtzeitige Geltendmachung des Mangels in dem schwebenden Rechtsstreite.

5. R. **06** 440 (Hamm). Bei dem Kaufe einer ganzen Zimmereinrichtung beginnt die Verjährung der Gewährleistungsansprüche auch dann, wenn einzelne Stücke infolge einer Bemängelung des Käufers nachträglich vom Verkäufer umgetauscht oder ausgebessert werden, vom Tage der Ablieferung und nicht erst vom Tage des Umtausches oder der Ausbesserung der einzelnen Stücke.

6. OLG. **12** 56 (KG.). Auch Ansprüche, die sich auf eine die Gewährleistungspflicht besonders gestaltende Vereinbarung beziehen, unterliegen der kurzen Verjährung.

7. **RG.** 27. 2. 06, **62** 431 ff. Die sechsmonatige Verjährungsfrist kann auch durch stillschweigende Vereinbarung verlängert werden. Es ist nicht nötig, daß durch die Vereinbarung der Verjährungsfrist deren Dauer von vornherein nach Tagen, Monaten oder Jahren ausdrücklich bestimmt ist, vielmehr ist es zulässig, sie in der Weise zu bestimmen, daß die sechsmonatige Verjährungsfrist um die Zeit von der Ablieferung bis zum Eintritt eines bestimmten künftigen Ereignisses verlängert wird.

8. Zusicherung o. § 459 Ziff. II B 3c. **RG. 63** 61.

§ 478. 1. **a)** HansGZ. **06** Hptbl. 76 (Hamburg). Die Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung wird durch eine gemäß § 478 erfolgte Anzeige des Mangels dann nicht unterbrochen, wenn der Käufer inzwischen sein für den Kaufpreis valedierendes Akzept eingelöst hat. Über die Natur der Einrede aus § 478 und die Stellungnahme Nissens, IDR. **1** Ziff. 1, s. aaO. 78. **b)** OLG. **12** 266 (Hamburg). Die Einrede, die dem Käufer auf Grund des § 478 zusteht, ist keine Einrede nach § 813, weil die Geltendmachung des Anspruchs des Verkäufers jetzt nicht dauernd ausgeschlossen ist, indem die Verteidigung des Käufers stets beschränkt ist auf den Anspruch des Verkäufers wegen Zahlung des Kaufpreises.

2. SeuffA. **62** 12 (Marienwerder). Das Wandelungsrecht aus § 478 geht nicht verloren, wenn der Käufer nach Verjährung des Rechtes aus § 477 den Kaufgegenstand gemäß §§ 383, 384 verkauft.

3. Abs. 2. Arglist. (S. o. Ziff. II 2 zu § 477.). **RG.** 15. 12. 05, IW. **06** 86, HoldheimsMSchr. **06** 73. Zur Begründung der Arglist bedarf es nicht besonderer Veranstaltungen des Verkäufers, um den Käufer in Unkenntnis der Mängel zu erhalten. Der Verkäufer muß aber darauf rechnen, daß der Käufer den verschwiegenen Mangel nicht bemerken und deshalb die Ware behalten werde.

§§ 478, 479. R **06** 617 (Breslau). Der Nachweis einer Maßregel im Sinne des § 478 ist bei der Kaufgeldverweigerung und ebenso bei der Aufrechnung nach § 479 erforderlich, wenn die Vollendung der Verjährung geltend gemacht worden ist. Von dem Nachweise befreit innerhalb der Grenze des § 490 Abs. 1 ausschließlich der Satz 2 § 490 Abs. 3.

§ 480. 1. R. **06** 243 (Breslau). Fehlt das Einverständnis des zwar an sich zur Ersatzlieferung bereiten Verkäufers, die Ersatzware gerade in der vom Käufer verlangten Weise zu liefern, so kommt es darauf an, ob die angelieferte

Ware dem Vertrage im Sinne des § 243 entspricht. Der Verkäufer hat den Anspruch aus § 433 Abs. 2 nicht schon durch die Bereitwilligkeit zur Ersatzlieferung verloren.

2. R. **06** 440 (Hamm). Durch die Zurverfügungstellung einer angeblich mangelhaften Ware wird der Anspruch des Käufers auf Lieferung einer mangelfreien Ware auch dann nicht ohne weiteres ausgeschlossen, wenn der Verkäufer die Ware zurückgenommen hat.

§§ 481 ff. I. 1. Then, BayRpflZ. **06** 225 f. Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkauf rechtfertigt nicht das Wandelungsbegehren des Käufers in Gemäßheit der §§ 481 ff., in solchem Falle kann jedoch der Kaufvertrag nach § 123 angefochten und Schadensersatz von dem Verkäufer beansprucht werden.

2. Stölzle, BayRpflZ. **06** 436 ff. a) Das RG. hat in verschiedenen Entscheidungen für das allgemeine Gewährschaftsrecht, wo der Verkäufer schon kraft Gesetzes für alle erheblichen Mängel haftet, eine Offenbarungspflicht des Verkäufers im Prinzip verneint. b) Diese Offenbarungspflicht besteht um so weniger für das Gebiet des Viehgewährschaftsrechts, nach welchem der Verkäufer nur für Hauptmängel, nicht aber für irgendwelche andere Mängel haftet. c) Es besteht deshalb für den Verkäufer eines Tieres keine Rechtspflicht, einen Nichthauptmangel dem Käufer zu offenbaren. Verschweigt der Verkäufer beim Handel einen Nichthauptmangel, so handelt er nicht arglistig im Sinne des Gesetzes. — Für Nichthauptmängel haftet der Verkäufer nur dann, wenn er entweder die Haftung ausdrücklich übernommen hat, oder wenn er den Käufer über das Vorhandensein von Nichthauptmängeln arglistigerweise getäuscht hat. Die Erfordernisse der arglistigen Täuschung sind größer als die des arglistigen Verschweigens. Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 1 u. 2 zu § 482.

3. Gegen Stölzle wendet sich Meisner, BayRpflZ. **06** 469 ff., der im wesentlichen den Gedankengang Thens weiter ausführt. Er erklärt insbesondere den Satz Stölzles, daß im Viehhandel arglistiges Verschweigen nur bezüglich der Hauptmängel begangen werden könne, für unrichtig. Wird ein nicht zu den Hauptmängeln gehöriger Mangel arglistig verschwiegen, dann ist das arglistige Verschweigen für die Haftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag allerdings belanglos, aber rechtlos ist der Käufer deswegen nicht gestellt, vielmehr nur auf die allgemeinen Rechtsbehelfe (§§ 123, 823) angewiesen (470).

II. **a)** MecklZ. **24** 327 ff. (LG. Güstrow) verneint die Frage, ob der Käufer einer Kuh wegen des Umstandes, daß die Kuh nach dem Abschluß des Kaufvertrags den Mangel des Lahmseins bekommen hat, die Erfüllung des Vertrags verweigern darf (vgl. o. zu §§ 446, 447). **b)** Gegen diese Entscheidung wendet sich *Hinrichsen, MecklZ. **25** 133 ff. Die Vorschriften des BGB. über Gewährleistung kommen nur für die Zeit nach dem Gefahrübergang in Betracht. Bis dahin gelten die allgemeinen Vorschriften des 2. Buches, insbesondere ist aus §§ 242, 243 zu entscheiden, ob der Käufer gemäß § 433 Abs. 2 verpflichtet ist, die gekaufte Sache abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen. Dies gilt auch für den durch §§ 481 ff. besonders geregelten Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen. Deshalb ist beim Verkaufe einzelner Tiere (Spezies), deren Abnahme und Bezahlung der Käufer verweigert, zu prüfen, ob sie derart beschaffen sind, wie der Käufer es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangen kann, beim Verkaufe nur der Gattung nach bestimmter Tiere, ob sie von mittlerer Art und Güte sind. Der Verkäufer kann im einen wie im anderen Falle die Abnahme und Zahlung nicht durch den bloßen Nachweis erzwingen, daß die Tiere nicht mit Hauptmängeln behaftet sind. Weil die Vorschriften über Gewährleistung

nur für die Zeit vom Gefahrübergange an, nicht auch für die frühere Zeit, maßgebend sind, wirken die sie allein abändernden Bestimmungen der §§ 481 ff. für den Viehkauf auch nur in dieser Beschränkung. Beim Verkauf einzelner Tiere (Spezies) macht es in dieser Hinsicht keinen Unterschied, ob der Fehler, durch den die Empfangbarkeit ausgeschlossen wird, zur Zeit des Kaufabschlusses bestand oder erst nachher aber vor dem Gefahrübergange entstanden ist, ob also in der Zwischenzeit eine Verschlechterung eingetreten ist. Wählt der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres gemäß § 491 statt der Wandelung die Lieferung eines mangelfreien Tieres, so ist für dieses Ersatztier der gleiche Maßstab anzulegen, es genügt nicht Freiheit von Hauptmängeln. Beim Versendungskauf ist der Gefahrübergang gemäß § 447 sowohl beim Verkauf einzelner wie beim Verkauf nur der Gattung nach bestimmter Tiere dadurch bedingt, daß der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person nach diesen Grundsätzen empfangbare Tiere ausgeliefert werden. Es ist Sache der richterlichen Entscheidung im Einzelfalle nach dem Vertragsinhalte und den Umständen festzustellen, welche Mängel nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Empfangbarkeit ausschließen. So wird ein ausreichender Schutz wichtiger und durchaus berechtigter Verkehrsinteressen ohne die von manchen Schriftstellern vertretene, in vielen Fällen tatsächlich und rechtlich unhaltbare Unterstellung einer stillschweigenden Gewährübernahme oder Zusicherung bestimmter Eigenschaften erreicht.

III. 1. (Vgl. o. zu I.) **a**) HansGZ. **06** Beibl. 100 (Hamburg). Die §§ 123 ff. sind durch § 481 nicht außer Kraft gesetzt, vielmehr haftet der Verkäufer beim Viehkauf für Arglist, sofern die vom BGB. vorgesehenen bestimmten Mängel nicht in Frage kommen. **b**) SchlHolstAnz. **06** 145 (Kiel). Arglistiges Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers begründet eine erweiterte Haftung nur, wenn es den Tatbestand der arglistigen Täuschung erfüllt (JDR. **3** Ziff. 2b zu § 482). **c**) Dagegen nimmt NaumburgAK. **06** 85 (LG. Stendal) unter Berufung auf Stölzle an, daß das Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers kein arglistiges Verschweigen darstelle.

2. RheinARV. **24** 29 (LG. Coblenz). Die in den §§ 482—491 enthaltenen Vorschriften beziehen sich auf gesetzliche Gewährsmängel ohne jeden Unterschied, ob die Haftung kraft Gesetzes eintritt, oder ob es sich um vertragsmäßige Übernahme der Gewährleistung handelt.

3. SeuffA. **61** 269 (Hamm). Wenn auch die Fiktion der Genehmigung des Abs. 2 des § 377 HGB. bei Viehmängeln nicht gilt, so ist zufolge der allgemeinen Regeln der §§ 157, 242 BGB. doch zu prüfen, ob auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse (z. B. angesichts bestimmter Schreiben) der Käufer sich auf gewisse Mängel nicht mehr berufen darf, um die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern.

§ 485. (S. o. zu §§ 481 ff.) BadRpr. **06** 69 (LG. Offenburg). Nicht erforderlich, daß der Währschaftsmangel bestimmt und namentlich bezeichnet werde; es genügt, wenn die charakteristischen der hervorgetretenen Anzeichen angegeben werden. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2.)

§ 487. HessRspr. **6** 164 (LG. Gießen) über zugleich mit dem Wandelungsanspruch erhobenen Anspruch auf Ersatz von Kosten eines Transports des Tieres und eines Vorprozesses.

§ 488. 1. Die Frage, ob Futterkosten eine Nebenforderung im Sinne des § 4 ZPO. darstellen, hat BreslauAK. **06** 47 (LG. Hirschberg) — entgegen dem **RG.** JDR. **2** Ziff. 1 — verneint, weil man nicht sagen könne, daß der Anspruch auf Ersatz der Futterkosten in seinem Bestehen durch das Bestehen des Wandelungsanspruchs bedingt sei, denn der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises müßte bei dieser Begründung gleichfalls als Nebenanspruch angesehen werden.

2. BreslauAK. **06** 38 (LG. Görlitz). Die Kosten des Transports eines erkauften Pferdes vom Orte der Übergabe an den Bestimmungsort hat der Käufer bei erfolgter Wandelung nur dann zu erstatten, wenn ihre Aufwendung dem Interesse oder dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprochen hat (§§ 467, 347, 994 Abs. 2, 683 BGB.). AM. Staub, HGB. II Anm. 57 zu § 377 HGB. und Stölzle, JDR. **3** Ziff. 1 b.

§ 490. 1. Stölzle, SeuffBl. **06** 714/715. Die sechswöchige Verjährungsfrist des § 490 endigt auch an einem Sonntag oder allgemein anerkannten Feiertag (unter Aufgabe der in dem Kommentar [3] 189 vertretenen gegenteiligen Ansicht). Vgl o. Ziff. II 1 zu § 193.

2. R. **06** 1436 (Breslau). Die Erwähnung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, im § 490 zeigt, daß die Gewährleistung selbst bei den im § 481 genannten Tieren bis auf die im § 487 ausgeschlossene Minderung ungeschmälert geblieben ist, und vor allem, daß die Zusicherung des Nichtvorhandenseins von Fehlern bzw. der Fehlerfreiheit vom Gesetz als Zusicherung einer Eigenschaft angesehen wird.

§§ 490, 492. I. Anwendbarkeit der §§ 478, 479, 485. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 und JDR. **2** zu § 490, sowie **2** Ziff. 1 a, c und **4** Ziff. b zu § 492.) 1. **a)** Herter, JW. **06** 731 ff. Der § 490 Abs. 3 kann unmöglich sagen wollen, die Wandelungs- und die Aufrechnungseinrede setzten eine Anzeige des Mangels nicht voraus. Der § 490 Abs. 3 will nur dem Gedanken Ausdruck geben, daß zur Erhaltung der Einreden über die Verjährungszeit hinaus eine Anzeige im Sinne des § 478 nicht nötig sei, eben weil der § 485 schon die Anzeige als Voraussetzung jeden Anspruchs vorschreibt und diese Anzeige notwendig vor Ablauf der Verjährung erfolgt sein muß, da die Frist des § 485 stets kürzer ist als die Verjährungsfrist (732). **b)** Opfergelt, RheinARV. **24** 138 ff. Ist eine Gewährfrist nicht vereinbart, so bedarf es zur Wahrung der Rechte des Käufers wegen Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz keiner Handlung aus § 478; hingegen muß er wegen des mit dem Anspruch auf Wandelung verbundenen Rechtes der Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises vor Ablauf der Verjährung eine Handlung gemäß § 478 vornehmen. — Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn eine Gewährsfrist vereinbart worden. Die Gewährfrist hat hier die Tragweite, daß, trotzdem es sich nicht um einen Hauptmangel handelt, doch die Bestimmungen der §§ 483—485 zur Anwendung kommen, daß also auch behufs Wahrung des Rechtes aus dem Satze 1 des Abs. 3 im § 490 eine der Handlungen aus § 485 vorgenommen sein muß. Dagegen ist die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz durch eine Handlung aus § 485 oder aus § 478 nicht bedingt (140).

2. **a)** R. **06** 617 (Breslau). Die in Abs. 3 Satz 1 des § 490 zugestandene Befugnis der Kaufgeldverweigerung in den Grenzen der verjährten Wandelung setzt das Vorliegen einer der im § 478 aufgeführten Maßnahmen voraus. Die Nichterwähnung beruht auf der für Hauptmängel schon nach § 485 geforderten Anzeige Bei § 492 ist sodann im Satz 2 die Erwähnung des § 478 lediglich übersehen worden. **b)** RheinARV. **24** 26 ff. (LG. Coblenz). Einhaltung der Anzeigepflicht aus § 485 ist auch hier Voraussetzung des Einrede- und Aufrechnungsrechts. (Vgl. JDR. **2** und **1** Ziff. 4.) **c)** R. **06** 617 (Breslau). Bei Übernahme der Gewährleistung wegen Nichthauptmängel und ebenso bei dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kann unter Ausschluß weiterer Ansprüche vor Ablauf der Verjährung nur der Wandelungsanspruch und nachher allein die Verweigerung des Kaufgeldes in den Grenzen der verjährten Wandelung nach einer Maßnahme im Sinne des § 478 erhoben werden.

II. Verhältnis des § 490 zu § 492. Herter, JW. **06** 731 ff. § 490 BGB. ist in allen Fällen anzuwenden, wo Hauptmängel in Frage stehen, einerlei, ob eine Zusicherung erfolgt ist oder nicht, und einerlei, welcher Art die Zusicherung gewesen ist, während im § 492 nur die Mängel gemeint sind, bei denen eine Gewährfrist gesetzlich nicht besteht, also die Nichthauptmängel (733).

III. OLG **12** 268 (Hamm). Die §§ 490, 492 schließen die Anwendbarkeit des § 377 HGB. aus.

§ 492. I. Zusicherung der Trächtigkeit. (JDR. **1** Ziff. 2 u. 3, **4** Ziff. a.) **a)** *Schefold, JW. **06** 2 ff. In der Zusage, daß das Tier trächtig sei, liegt die Vereinbarung einer Gewährsfrist, die mit dem nach Naturgesetzen zu berechnenden Ende der Trächtigkeit abläuft; eben dieser Zeitpunkt ist der Anfangstermin für die Verjährung der Gewährschaftsklagen.

b) Hiergegen *Stölzle, JW. **06** 374. α. In der Zusicherung der Trächtigkeit eines Tieres ohne Zeitangabe liegt nur die Zusicherung einer Eigenschaft, nicht aber die Garantie, daß das Tier mit dem Ablauf des nach dem Naturgesetz zu bestimmenden Zeitraums ein Junges werfen werde. β. In der Zusicherung der Trächtigkeit eines Tieres ohne Zeitangabe liegt auch nicht die Vereinbarung einer Gewährsfrist. γ. Wird Trächtigkeit ohne Zeitangabe zugesichert, so beginnt die Verjährung mit der Ablieferung des Tieres.

II. NaumburgAK. **06** 85 (LG. Stendal). In der Erklärung: „Ich sichere Dir ausdrücklich zu, daß die Kuh auf allen vier Strichen Milch gibt“ ist unter der Berücksichtigung der Verkehrssitte höchstens die Übernahme der Gewährleistung eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers (§ 492 Halbsatz 1), nicht aber eine Zusicherung (Halbsatz 2) in dem Sinne zu verstehen, daß Beklagter noch über die Gewährleistung hinaus sich zur vollen Schadloshaltung des Klägers verpflichten wollte (Dernburg, BGB. II § 192 XI 2).

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. RG. 13. 2. 06, R. **06** 373. Bei dem Verkaufe nach Probe können neben den Eigenschaften der Probe auch noch andere Eigenschaften mit Rechtswirksamkeit zugesichert werden. Insbesondere ist es von Bedeutung, wenn die nach Probe verkaufte Ware vom Verkäufer als Prima bezeichnet wurde. In einem solchen Falle genügt es nicht, daß die Ware mustergetreu ist; sie muß dann auch nach der Auffassung des Handelsverkehrs den Anforderungen, die in dem betreffenden Artikel an eine Primaware zu machen sind, entsprechen.

2. R. **06** 1319 (Breslau). Bei einem Kaufe nach Probe steht der Verkäufer außer dafür, daß die Kaufsache die Eigenschaften der Probe besitzt, auch für weitere Eigenschaften nach § 459 Abs. 2 ein, falls solche besonders zugesichert worden sind. Der § 460 Satz 2 trifft weder für die Eigenschaften der Probe noch für die besonders versprochenen Eigenschaften zu. Die Gewährleistung wird bei zugesicherten Eigenschaften bzw. Probeeigenschaften nur beseitigt, wenn der Käufer bei dem Abschlusse des Kaufes trotz der Probe bzw. trotz der ausdrücklichen Zusicherung die Mängel wirklich gekannt hat.

§ 495. I. Kauf mit Umtauschklausel. (JDR. **1** zu § 495.) Oertmann, SeuffBl. **06** 685 ff. Bei dem Kauf mit Umtauschklausel liegt ein einheitliches Kaufgeschäft vor, bei dem aber dem anderen Teile gestattet ist, an Stelle des ihm ursprünglich geschuldeten Objekts ein anderes zu substituieren. Das aber bedeutet einen Kauf mit facultas alternativa des Käufers als Gläubigers (695). — Der „Umtausch“ ist im Zweifel nur im Sinne eines reellen Austausches von Hand zu Hand gemeint, insbesondere dann, wenn schon der ursprüngliche Kauf nur gegen bar geschlossen war, ebenso auch in allen den

Fällen, wo der Umtausch nach dem Vertrage einem Dritten zustehen soll (698). — Ist das ausgewählte Stück teurer als das ursprüngliche, so kann der Verkäufer bare Herausgabe der Differenz beim Umtauschakt verlangen, wenn der alte Kauf gegen bar erfolgt war, oder wenn ein Dritter der Umtauschberechtigte ist; war der ursprüngliche Preis dem Käufer kreditiert und vollzieht dieser selbst den Umtausch, so wird der Verkäufer im Zweifel auch den Preisüberschuß nicht bar beanspruchen können, er sei denn unverhältnismäßig hoch (698).

Weder die Vereinbarung noch die erfolgte Ausübung der Umtauschklausel hindert den Verkäufer, den Käufer auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in Anspruch zu nehmen, dies auch dann nicht, wenn das ausgewählte Ersatzstück noch nicht ausgeliefert ist (699). — Bei Mangelhaftigkeit des gelieferten alten Stückes hat der Umtauschberechtigte sein Umtauschrecht; betrifft die Mangelhaftigkeit das neue Stück, so stehen die ädilizischen Ansprüche dem zum Umtausch jeweils Berechtigten zu. Die Umtauschbefugnis ist — wenn die Vertragsauslegung nichts anderes ergibt — nur ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat (§ 351 BGB.); ist dagegen der alte Schuldgegenstand ganz untergegangen, so ist die Umtauschbefugnis unbedingt beseitigt.

Die Zeitdauer der Umtauschbefugnis richtet sich nach der besonderen Abrede. Fehlt eine solche, oder hat sich der Verkäufer zu „jederzeitigem" Umtausch verpflichtet, so ist dem Käufer damit kein unbegrenztes Recht verschafft, sondern ihm nur eine billige Frist zur Prüfung des gekauften Gegenstandes eingeräumt. Auf Grund des entsprechend anzuwendenden § 355 kann der Verkäufer dem Käufer auch eine angemessene Frist zur Ausübung des Umtausches bestimmen (700).

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 26. 6. 06, JW. **06** 549, HoldheimsM. Schr. **06** 250, GruchotsBeitr. **51** 176 ff. Die Klauseln „auf Besicht" oder „wie besehen" bedeuten im Handelsverkehr, der Verkäufer werde von der Haftung für jeden Mangel der Kaufsache frei, der durch eine Untersuchung der Ware seitens des Käufers erkennbar gewesen wäre. Nicht aber ist hiermit auf Grund der Sachlage ein Kauf „auf Besicht oder Probe" im Sinne des § 495 gegeben.

2. **a)** HessRspr. **7** 38 (LG. Gießen). Ob eine bestellte und gelieferte Auswahlsendung einen Kauf auf Probe darstellt, kommt auf die vorausgegangenen Vertragsverhandlungen an. **b)** Über Anwendbarkeit des § 455 beim Kauf auf Probe s. o. Ziff. 6 zu § 455.

3. Vorkauf.

§ 504. **RG.** 10. 3. 06, BayRpflZ. **06** 209, R. **06** 934 Ziff. 2206. Wenn in einem privatschriftlichen Kaufvertrage über eine Parzelle dem Käufer ein Vorkaufsrecht für die Nachbarparzellen eingeräumt und für den Fall, daß er sie erwirbt, Preisminderung zugesichert ist, so kann aus diesem Vertrage trotz seines grundbuchamtlichen Vollzugs für die erste Parzelle auf Überlassung der anderen Teilstücke, ohne daß solche an einen Dritten verkauft sind, nicht geklagt werden.

Zweiter Titel. Schenkung.

Vorbemerkung: Nur über eine einzige kleine Abhandlung aus der Lehre von der Schenkung ist zu berichten (vgl. Oppenheim § 518 Ziff. 1 und zu § 519). Aus der Praxis ist auf verschiedene RGEntsch. zum Begriffe der Schenkung hinzuweisen, wie auch auf die Frage, inwieweit in einem Mitgiftversprechen eine Schenkung erblickt werden kann (§ 516 Ziff II 1—3). Die schenkweise Übergabe eines Sparkassenbuchs ist nun auch vom RG. behandelt worden (§ 518 Ziff. II 1a). Eine Reihe wichtiger Entscheidungen ist im Berichtsjahre zur Auslegung des § 528 ergangen.

Literatur: Oppenheim, Das Schenkungsversprechen des BGB. Berlin 1906.

§ 516. I. 1. *Klein, JW. **06** 100, führt aus, daß zur Schenkung der „animus donandi" erforderlich ist. Die Definition der Schenkung im § 516

Abs. 1 ist zu weit. Sie umfaßt Aussteuer (§ 1620) und Ausstattung (§ 1624). BGB. § 1624 scheidet aber scharf zwischen Schenkung und Ausstattung. Schenkung ist eine species des genus: unentgeltliche Zuwendungen. Leihe, unentgeltliche Probensendung keine Schenkung. Differentia specifica ist der animus donandi. Es ist erforderlich, daß kein anderer wirtschaftlicher, gesellschaftlicher Zweck der Leistung dem Empfänger gegenüber hervortritt, als der der Unentgeltlichkeit, der Bezeigung einer Freigebigkeit. Ebenso Zitelmann, BGB. I 133; aM. Eichhorn, DJZ. **03** 433 ff.

2. *Riezler, Arbeitskraft u. Arbeitsfreiheit, ABürgR. **27** 237. Die unentgeltliche Aufwendung von Arbeitskraft zum Vorteil eines anderen ist keine Schenkung, da die Schenkung eine Zuwendung aus dem Vermögen voraussetzt, die Arbeitskraft aber nicht zum Vermögen ihres Trägers gehört.

3. Über Auslegung von Schenkungsverträgen *Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 187.

II. Aus der Praxis: 1. Begriff der Schenkung. **a)** **RG.** JW. **06** 135. Während bei dem Begriffsmerkmal der Bereicherung es sich um eine Beurteilung der Zuwendung unter objektiven Gesichtspunkten handelt, kommt es im Punkte der Einigung über die Unentgeltlichkeit darauf an, welche Bedeutung die Beteiligten der Zuwendung von ihrem subjektiven Standpunkt aus beilegen wollen. **b)** **RG.** 6. 2. 06, **62** 386 ff., JW. **06** 196, R. **06** 373, Rhein. NotZ. **06** 74 ff. Die Bereicherung des Beschenkten muß eine endgültige, materielle, nicht bloß eine formale sein. Es kann ein sog. kausales Rechtsgeschäft dergestalt zustande kommen, daß mit der Leistung einerseits weder eine Schenkung bezweckt, andererseits keine Verpflichtung zu einer Gegenleistung begründet, sondern ein anderes Ziel, das insbesondere in einer von dem Empfänger zu wohltätigen Zwecken vorzunehmenden Handlung bestehen kann, erreicht werden sollte. (Planck (3) I 184.) **c)** SeuffBl. **06** 299, WürttJ. **18** 139 ff. (Stuttgart). Wenn jemand einem anderen eine Zuwendung gibt mit der Auflage, den gesamten Betrag ohne Abzug und ohne zeitweiligen Zinsengenuß für einen gemeinnützigen Zweck zu verwenden, dessen Verwirklichung dem Empfänger der Zuwendung keinen vermögensrechtlichen Vorteil gewährt, so liegt keine Schenkung vor.

2. **a)** **RG.** 1.10.06, GruchotsBeitr. **51** 376, R. **06** 1258, SeuffA. **62** 108. Die Annahme einer Schenkung ist ausgeschlossen, wenn die Parteien ausgesprochenermaßen die Eheschließung und das Mitgiftversprechen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung einander gegenübergestellt und die Eheschließung als eine dem Mitgiftversprechen entsprechende Leistung zum Gegenstande eines Vertrags gemacht haben. Schenkung liegt auch dann nicht vor, wenn nach der Willensmeinung der Parteien zwar nicht die Eheschließung Gegenleistung, aber die versprochene Mitgift eine Abgeltung für den Fall der Eheschließung sein sollte. Dies gilt sowohl beim Mitgiftversprechen eines Dritten, wie wenn die Eltern dem Kinde eine Ausstattung versprechen und diese das den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß übersteigt. Denn auch im letzteren Falle entscheidet über das Vorliegen einer Schenkung § 516. **b)** **RG.** JW. **06** 462. Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß nach dem Vertragswillen der Beteiligten die Zuwendung und die Eingehung der Ehe in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen sollen. Vgl. hierzu Landsberg, PosMschr. **06** 25 ff., der aus dem Urteil des RG folgert, daß bei dem landesüblichen Mitgiftversprechen in der Regel die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Leistung fehlt und darum kein Raum für die Anwendung des Schenkungsbegriffs nach § 516 Abs. 1 ist. (Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 2 zu § 516.) **c)** **RG.** 11. 1. 06, **62** 273 ff., JW. **06** 135, DJZ. **06** 369. Das Ausstattungsversprechen eines

Fremden bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form, wenn sein Inhalt unter § 516 Abs. 1 fällt.

3. **RG.** 26. 5. 06, JW. **06** 462, GruchotsBeitr. **50** 948, SeuffA. **61** 444, SchlHolstAnz. **07** 24/25. Aus der Bestimmung des Abs. 1 kann nicht die Vermutung abgeleitet werden, daß jeder vertragsmäßigen Leistung eine Gegenleistung entspreche.

§ 517. I. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 133. Durch Unterlassung kann geschenkt werden, wenn sie bedeutet a) eine Vermögensmehrung für den, dem sie zugute kommt (Ausgabenersparnis), b) eine Vermögensminderung für den Unterlassenden. Keine Schenkung ist demnach die Unterlassung eines möglichen Rechtserwerbs, z. B. einer Erbschaft. Anders, wenn der Ertrag oder Wert des bereits erworbenen Vermögens durch Unterlassung z. B. der Zinseintreibung verringert wird (133 ff.).

II. **RG.** JW. **06** 161. § 517 betrifft den Fall der Unterlassung eines Vermögenserwerbs, nicht die vorher geschehene Erwerbung mit darauf folgender Schenkung.

§ 518. I. *Oppenheim, Schenkungsversprechen. a) 23. Das Schenkungsversprechen ist (entgegen Ortloff, Schenkung, ABürgR. **21** 311) kein „Vorvertrag". Die spätere reale Übergabe des Geschenkes ist nicht etwa ein neuer Vertrag, der auf Grund eines vorher geschlossenen Vorvertrages zustande käme, sondern ist die Erfüllung des einen und einzigen Schenkungsvertrages selber. Denn die spätere Erfüllung des Schenkungsversprechens erfolgt solvendi causa, nicht donandi causa. b) 30. Abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse sind gleich den Handschenkungen als reale Leistungen aufzufassen und daher nicht an die strenge Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gebunden, der hingegen die Schenkungsversprechen und die ihnen gleichgestellten schenkweise erteilten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse unterliegen, die keine Leistung enthalten, sondern nur das Versprechen zu einer solchen. c) 40. Der Unterschied zwischen der Handschenkung und dem Schenkungsversprechen beruht darauf, ob durch das Geschenk sogleich die Vermögensbereicherung eintritt oder erst später; auf das Moment der Vermögensverschiebung kommt es nicht an.

II. Aus der Praxis. 1. Schenkung eines Sparkassenguthabens. (JDR. **4** Ziff. 2, **3** Ziff. II 2 u. o. Ziff. 5 b zu § 398.) **a)** **RG.** 21. 12. 05, GruchotsBeitr. **50** 651, PuchelsZ. **06** 593 ff., PosMschr. **06** 4. In der Übergabe eines Sparkassenbuchs und der gleichzeitigen Erklärung des Schenkungswillens ist eine vollzogene Schenkung des Guthabens zu erblicken. **b)** OLG. Dresden s. o. Ziff. 5 b β zu § 398.

2. OLG. **13** 420 (Cöln). Ein Rechtsgeschäft, bei dem zugleich die Voraussetzungen der §§ 313, 873 und diejenigen des § 518 vorliegen, kann nur gerichtlich oder notariell, nicht aber in den für die §§ 313, 873 zugelassenen erleichterten Formen rechtswirksam beurkundet werden.

3. OLG. **13** 421 (Hamburg). Teilung einer Erbschaft mit Nichterben als Schenkung.

4. Über die Anwendung der Formvorschrift des § 518 bei einem Mitgiftversprechen s. JDR. **3** Ziff. 2 u. 3 zu § 1624 und o. Ziff. II 2 zu § 516.

§ 519. Abs. 2. *Oppenheim, Schenkungsversprechen 69. Der Schutz des § 519 versagt auch dann nicht, wenn der Schenker einen späteren Anspruch, ungeachtet früher eingegangener Verpflichtungen, befriedigt hat. Denn nach dem Gesetze besteht keine Verpflichtung, die Einrede geltend zu machen. (Dagegen Staudinger, Schollmeyer.)

§ 528. 1. Abs. 1 Satz 1. **a)** RG. R. **06** 115, SeuffA. **61** 181. Der Schenker ist dann nicht außerstande, seinen standesgemäßen Unterhalt zu bestreiten, wenn er zwar nicht aus den Einkünften, aber doch aus der Substanz seines Vermögens sich das zum Unterhalt Erforderliche verschaffen kann, auch wenn durch das Angreifen des Kapitalvermögens eine Gefährdung seiner Lebenshaltung für die Zukunft möglich ist. **b)** SächsOLG. **27** 421 (Dresden). Es genügt, wenn die Bedürftigkeit nach der Vollziehung der Schenkung vorhanden ist, gleichviel, ob sie auch schon vorher bestanden hat oder erst nachher und vielleicht gerade erst durch sie entstanden ist. (Dernburg, BGB. (1/2) II 2 129.) AM. Planck Ziff. 2 zu § 528, der verlangt, daß das Unvermögen nach der Vollziehung der Schenkung eingetreten ist.

2. Abs. 1 Satz 2. SächsOLG. **27** 426 ff. (Dresden). Die im Satz 2 gegebene facultas alternativa besteht lediglich in der uneingeschränkten Gewährung des Unterhalts und enthält gewissermaßen das Risiko für den Beschenkten, ob er bei längerer Dauer der Unterhaltsgewährung dem Schenker nach und nach eine größere Summe zahlen muß, als das Geschenk betrug, oder ob er bei einer unerwartet kurzen Dauer seiner Alimentierung weniger zu zahlen braucht.

3. BayRpflZ. **06** 23 (Augsburg). Der Wortlaut des Satzes 3 läßt nur den Schluß zu, daß die im Satz 1 ausgesprochene, durch das Wort „soweit" begrenzte Haftung des Beschenkten in eine Geldrente bis zu deren Höhe umgewandelt werden sollte, da sich eine Beziehung des Satzes 3 zu Satz 2 nicht annehmen läßt. AM. Dernburg, BGB. II 2 130.

§ 529. SächsOLG. **27** 424 ff. (Dresden). Der Anspruch eines in Not befindlichen Schenkgebers auf Herausgabe des Geschenks ist nur dann ausgeschlossen, wenn dieser seine Bedürftigkeit erst nach der Schenkung herbeigeführt hat.

§ 530. RG. **62** 328, JW. **06** 160. Die Voraussetzungen des Widerrufs einer Schenkung wegen Undankes sind nach dem für die Schenkung selbst maßgebenden Rechte, also nach altem Rechte zu beurteilen, wenn die Schenkung vor dem 1. 1. 00 erfolgte.

§ 533. RG. JW. **06** 160. Zwingendes Recht enthält von den im BGB. über den Widerruf von Schenkungen gegebenen Vorschriften nur der § 533.

§ 534. *Schierlinger, SeuffBl. **06** 661 ff. Sitte und Anstand (nicht „Sittlichkeit") können regelmäßig das hier unterstellte Motiv nur bei jenen kleineren Schenkungen bilden, die als Gelegenheitsgeschenke, Trinkgelder 2c. dem von Jhering sog. Liberalitätszwang entspringen (Polemik gegen Eichhorn, DJZ. **03** 433 — JDR. **2** Ziff. 1 —, Endemann, Lehrb. I 164 Note 15 u. a.); selten begründen sie die sog. remuneratorische Schenkung, häufig dagegen die Ausstattungspflicht des § 1624 (zumal dem Maße nach) und gewisse Aufwendungen für den Unterhalt, den Haushalt Angehöriger. Vgl. auch § 814.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Zur Natur des Schrankfachvertrags waren auch in diesem Jahre einige Äußerungen zu verzeichnen; zu Düringers Ausführungen (JDR. **4** Ziff. I 1 a) nimmt besonders Hertel Stellung. Aus dem Beradtschen Buche „Miete und Polizei" sind zu § 542 einige Spezialfragen aufgenommen worden, während sich ein allgemeiner Bericht bereits o. Ziff. 2 zu §§ 320 ff. findet.

Praktisch wichtige Fragen aus dem Mietrecht erörtern Boethke über die Wirkung der Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers (Ziff. I 1 zu § 560) und v. Lippmann über das Kündigungsrecht des Beamten (Ziff. I 1 a zu § 570). Aus der Lehre von der Pacht tritt besonders der Jagdpachtvertrag hervor.

Literatur: Aron, Die Wirkung der Pfändung nicht verfallener Mietzinsen gegenüber dem Mieter, der den Mietgegenstand vor Eintritt der Fälligkeit erwirbt, BayRpflZ **06** 134–137. — Beradt, Miete und Polizei. Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Heft 31. Berlin 1906. — Bloch, Kauf bricht Jagdpacht, BayRpflZ. **06** 160/161. — Boethke, Ist der Widerspruch des Vermieters gegen die Entfernung der seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen des Mieters von dem Grundstücke nicht zulässig, wenn die Entfernung im Vollstreckungswege für einen anderen Gläubiger des Mieters erfolgt? GruchotsBeitr. **50** 262–269. Brandis, Das Pfandrecht des Vermieters bei Zwangsvollstreckung in die Illaten, DJZ **06** 858–861. — Dennler, Kündigungsrecht der Notare, BayNotZ **06** 225/226. — Franke, Das Kündigungsrecht des § 570 steht nur demjenigen zu, welcher Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt war, als er mietete, BayRpflZ. **06** 478—479. — Hertel, Die Rechtsverhältnisse beim Safevertrage, JustdRundsch. **06** 52—56. — Lindemann, Schadensersatzpflicht des Vermieters (Verpächters) im Falle der Kündigung des Vertrags durch den Ersteher, DJZ **06** 1201/1202. — v. Lippmann, Zum Kündigungsrechte des Beamten, DJZ. **06** 729—734; in erweiterter Form auch SeuffBl. **06** 565—573. — Niendorff, Mietrecht nach dem BGB. (7). Berlin 1906. — Reinhard, Vermieterpfandrecht und Zwangsvollstreckung, JW. **06** 74–76. — Schultz, Der langfristige Mietvertrag und § 566 BGB., DJZ. **06** 75—78. — Strauß, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und sein strafrechtlicher Schutz, BayRpflZ. **06** 36/37.

§ 535. I. Schrankfachvertrag. (JDR. **4** Ziff. I 1, **2** Ziff. 1a, **1** Ziff. 2 zu § 865.) **a)** *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 26 f. Beim Schrankfachvertrag entsteht weder für den Kunden, noch für den Bankier mittelbarer Besitz. Beide erlangen vielmehr den Mitbesitz an den Wertstücken. Aus dem Vorliegen eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 allein ist ein mittelbarer Besitz nicht zu folgern. **b)** Wie Düringer (JDR. **4** Ziff. I 1a) nimmt auch Rießer, Bankdepotgesetz (2) an, daß das durch Benutzung eines Tresors entstehende Vertragsverhältnis ein qualifizierter Verwahrungsvertrag, kein bloßer Mietvertrag sei. **c)** Hertel, JustdRundsch **06** 52 ff., dagegen glaubt, daß beim Safevertrage die Annahme eines Mietverhältnisses der natürlichen Sachlage allein entspreche und sucht nachzuweisen, daß diese Konstruktion gegenüber derjenigen Düringers vom Verwahrungsvertrage (JDR. **4** Ziff. I 1a) manchen praktischen Vorteil biete. Auch hinsichtlich der Besitzfragen weicht er von Düringer ab und erachtet den Kunden für den alleinigen unmittelbaren Besitzer. Daß derjenige, welcher eine Sache unter seinem Mitverschlusse hat, nicht zugleich Besitzer der Sache zu sein braucht, gehe auch aus § 1206 hervor, wonach die Verpfändung einer Sache, die sich bereits unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet, durch Einräumung des Mitbesitzes erfolgen kann.

II. Aus der Praxis. 1. PucheltsZ. **06** 385 (Karlsruhe). Das Gesetz räumt dem Mieter gegen Zahlung des Mietzinses zwar das Recht ein, die Mietsache zu benutzen, legt ihm aber keineswegs eine Verpflichtung hierzu auf. Daher verpflichtet — abgesehen von besonderen Vereinbarungen — die Miete eines Hauses mit Geschäft den Mieter nicht, das Geschäft während der Mietzeit weiterzuführen.

2. OLG. **12** 65 (KG.). In der Abrede, daß ein neuer Mieter eintreten, der bisherige aber Mieter bleiben solle, liegt nicht die Übernahme einer neuen (Bürgschafts-) Verpflichtung, sondern nur die Vereinbarung, daß unter Fortdauer der Vertragspflicht das Mietrecht künftig durch den anderen ausgeübt werden solle.

3. **a)** HessRspr. **7** 177 (Darmstadt). Ein Rechtssatz, welcher einem Hauseigentümer, der Wohnungen oder Zimmer in seinem Hause vermietet, im öffentlichen Interesse die Verpflichtung auferlegt, die Zugänge zu den Mietwohnungen an den Abenden während der allgemeinen Verkehrszeit zu erleuchten, existiert nicht (vgl. RG. **33** 228). Wohl aber hat derjenige, der in Ausübung seines Eigentums oder eines anderen Rechtes, welches ihm die Verfügungsgewalt gewährt,

Mitbewohner aufnimmt und dadurch oder auf andere Weise in dem Hause „einen Verkehr eröffnet“, die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß bei dem von ihm hergestellten Verkehr andere durch die Anlagen seines Hauses an ihrem Körper nicht Schaden erleiden (RG. **54** 56). **b)** RG. 6. 6. 05, HessRspr. **7** 69 ff. Wenn der Mieter, um von der Straße aus in seine Wohnung zu gelangen, einen Hof betreten muß, so ist dieser mindestens stillschweigend zur Mitbenutzung mitvermietet und erstreckt sich die Vertragspflicht des Vermieters auch auf ihn. **c)** OLG. **12** 62 (KG.). Haftung des Vermieters für einen Fahrstuhlunfall aus § 278, weil der Vermieter schon vor dem Einzuge des Mieters diesem gegenüber verpflichtet war, das Betreten der Wohnung zu gestatten.

4. Mietzahlungen bei Immobilien. (JDR. **4** Ziff. 3 u. o. Ziff. 4 c zu § 269.) **a)** Grundeigentum **06** 1059, BraunschwZ. **06** 97 ff. (Braunschweig). In der Regel ist bei Immobilien der Ort der Miete auch der Ort für die Mietzahlung, da es der Natur des Mietverhältnisses entspricht, daß regelmäßig der Mieter dort, wo ihm der Vermieter die Mietsache gewährt, auch die Gegenleistung zu gewähren hat. Ebenso OLG. **11** 307 (Colmar). **b)** Über Zahlung des Mietzinses durch Scheck OLG. **13** 370 (KG.).

5. **a)** Das OLG. Braunschweig hat nach dem Grundeigentum **06** 945 einem Mieter vor dem Beginne der Mietzeit gestattet, vom Vertrage zurückzutreten, weil der Vermieter sich geweigert hatte, dem Mieter die Wohnung rechtzeitig vertragsmäßig herzurichten. **b)** Über die Möglichkeit eines Mietvertrags, wenn der Mieter zugleich Eigentümer der Sache ist, s. o. zu § 306 Ziff. 4.

6. Mietvertrag und ähnliche Verträge (JDR. **2** Ziff. 1 b). **a)** Schl. HolstAnz. **06** 357 (Kiel). Die Überlassung einer Dreschmaschine zu zeitweiligem Gebrauch ist auch dann als Mietvertrag aufzufassen, wenn die Dienste des regelmäßig bei der Maschine beschäftigten Arbeiters gleichzeitig zur Verfügung gestellt werden. **b)** BadRpr. **06** 49 (Karlsruhe). Benutzung eines Krahnes Dienstmiete oder Werkvertrag? **c)** RG. JW. **06** 463. Erwerbung eines Esels für eine Bergtour kein Mietvertrag. **d)** BadRpr. **06** 193 (Karlsruhe). Ein Beschälvertrag ist dann nicht als Mietvertrag anzusehen, wenn der Hengst im Besitz und Gewahrsam des Eigentümers bleibt und die Stute dem Hengste zugeführt wird. ➛ Eine Überlassung zur Benutzung hat aber trotzdem stattgefunden. — Red. ⟵ (Ebenso auch BadRpr. **06** 272.) **e)** Über die Frage, ob die entgeltliche Überlassung eines eingerichteten Wirtschaftslokals (Restaurant, Fabrik, Theater) zum Betriebe der Wirtschaft als Pacht oder Miete anzusehen sei, vgl. Brückner, Miete von Wohnungen 9 f. und BreslauAK. **06** 46 ff. (AG. u. LG. Oppeln). (Vgl. u. § 581 Ziff. 4.)

7. **a)** OLG. **12** 67 (Stettin). Das Urteil über die Mietforderung wirkt nicht gegen den Gläubiger, der die Illaten des Mieters pfändet. **b)** BraunschwZ. **06** 71 (Braunschweig) über die Feststellungsklage in Mietverhältnissen im Verhältnisse zur Leistungsklage.

8. KGBl. **06** 77 (KG.). Ein Mietvertrag ist nichtig, wenn die durch den Vertrag bestimmte Benutzung der Räume gegen eine Vorschrift der Baupolizeiordnung verstößt.

9. HansGZ. **06** Beibl. 256 (Hamburg). Künftige Mietforderungen können gepfändet werden, auch wenn die Miete erst nach dem Zeitpunkte läuft, bis zu dem noch gekündigt werden konnte. (JDR. **4** Ziff. V 2 b.)

10. KGBl. **06** 78 (LG. I Berlin). Ein Mieter, der erst nach Abschluß des Mietvertrags ein Gewerbe beginnt, hat kein Recht auf Anbringung eines Firmenschildes an der Außenseite des Hauses. Vgl. auch JDR. **4** Ziff. V 4 b.

11. Über das Recht des Mieters, vom Vermieter Schadensersatz zu ver-

langen, wenn er infolge von Kündigung durch den Ersteher gemäß § 57 ZVG. vorzeitig die Mieträume verlassen muß, **RG. 63** 66, o. Ziff. 2 zu § 325.

§ 536. 1. Beradt untersucht, welche Ansprüche sich für Mieter und Vermieter aus einer unberechtigten polizeilichen Sperrung der Wohnung ergeben, in dem Falle, daß die Wohnung von dem Mieter bereits bezogen ist. Näheres o. zu §§ 320 ff. Ziff. 2.

2. **a)** PuchelstZ. **06** 325 ff. (Colmar). Der Vermieter, der bei Dunkelheit und Frostwetter den Weg von dem vor seinem Hause stehenden Brunnen nach der Haustür weder beleuchtet noch bestreut, ist dem Mieter für den ihm durch Ausgleiten auf einer beeisten Stelle dieses Weges entstandenen Schaden verantwortlich. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2a.) **b)** OLG. **13** 358 (Rostock). Bei so vorübergehenden gefährlichen Zuständen, wie sie das Glatteis mit sich bringt, kann sich die Verbindlichkeit des Vermieters, für einen gefahrlosen Zustand seines Hauses zu sorgen, nur auf solche Örtlichkeiten beziehen, an denen wirklich ein Verkehr stattfindet. Bei solchen Räumlichkeiten aber, die nicht regelmäßig und nur in beschränktem Maße von dem Mieter allein benutzt werden, kann eine Verpflichtung des Vermieters, durch Streuen jedem Unfall vorzubeugen, nicht anerkannt werden. **c)** NaumburgAK. **06** 5 (AG. Magdeburg) handelt über die Frage, ob der Vermieter dazu verpflichtet ist, dem Mieter die Herstellung einer privaten Telephonanlage zu gestatten. (Vgl. **RG.** JDR. **1** Ziff. 3.)

§ 537. 1. Beradt 32. Man kann nicht „Eingriffe Dritter", „Naturereignisse" oder sonstige „außerhalb der Sache liegende Mängel" als „Fehler" bezeichnen, „mit denen die Sache behaftet ist". AM. anscheinend Cosack, BGB. 459 sub b i. V. mit 460 sub 4.

2. OLG. **13** 363 (Hamburg). Der Mieter, der durch Unterlassung der Obhutspflicht — gelegentliches Heizen, um oberflächliche Schimmelbildung zu vertreiben — verursacht, daß die Räume nicht dauernd voll gebrauchsfähig sind, kann nicht geltend machen, daß die vermietete Sache mit einem Fehler behaftet sei, der ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch mindert.

3. Über das Verhältnis der §§ 537 ff. zu § 320 vgl. o. zu § 320 Ziff. 3.

§§ 537, 538. 1. ElsLothJZ. **06** 396 (Colmar). Wenn eine Aufrechnung vertragsmäßig unter den Parteien ausgeschlossen ist, die nach § 538 vom beklagten Mieter geltend gemachte Entschädigungsforderung daher offensichtlich nichts anderes bezweckt, als die Beseitigung oder Herabsetzung des eingeklagten Mietzinses, so kann der Richter im Hinblick auf den vom Mieter verfolgten Zweck den Mietzins auf Grund des § 537 ganz streichen oder herabsetzen. Die Einrede aus § 537 kann noch in der Berufungsinstanz uneingeschränkt geltend gemacht werden.

2. Verhältnis der Rechte des Mieters aus §§ 538 und 537. (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 538, JDR. **2** Ziff. a zu § 537.) ElsLothJZ. **06** 397 (Colmar). Die Geltendmachung des Forderungsrechts aus § 538 schließt mindestens insolange, als der Vermieter sich nicht mit der vom Mieter getroffenen Wahl einverstanden erklärt hat, nicht ein Zurückgreifen auf das Recht aus § 537 aus.

§ 539. ElsLothJZ. **06** 397 (Colmar). Die Anwendbarkeit des § 539 ist ausgeschlossen, wenn der Vermieter sich vertragsmäßig zur Abstellung der dem Mieter beim Abschluß des Mietvertrags bekannten Mängel verpflichtet hat. (Vgl. Planck Anm. 1 u. 2, Oertmann Anm. 2 zu § 539.)

§ 542. I. 1. Beradt 63 ff. Die zu kurz bemessene und daher nicht angemessene Frist kann nicht in die dem Vermieter von neuem zu setzende Frist miteinbezogen werden, vielmehr ist eine neue Vollfrist zu setzen, auf die die verflossene nicht in Ansatz gebracht werden kann, denn es wird dem Willen des

Mieters meist entsprechen, daß die von ihm mit der Setzung der Frist bezweckte Rechtsfolge — die Hebung des Hindernisses — nur ausgeschlossen sein soll, wenn die gesetzte Frist auch wirklich eine angemessene war. Ebenso Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 31, u. Tumpowsky, JDR. **1** Ziff. 3.

2. Zu der Frage, ob der Mieter für den ihm nach der Lösung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schaden mit Schadensersatzansprüchen vorgehen kann, vgl. JDR. **3**, **2** Ziff. 2 und **1** Ziff. 2, sowie Beradt 70 ff. Beradt tritt für die Versagung des Schadensersatzanspruchs ein. Hierfür spreche außer der öfter hervorgehobenen Parallele mit § 553 — in welchem Falle ein Anspruch auf Entschädigung nicht gegeben sei — vor allem der Vergleich mit den §§ 643, 645 Abs. 1 Satz 2, bei denen der Ausschluß des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit unbedingter Gewißheit aus der Zubilligung anderer, ihn ausschließender, Ansprüche zu folgern sei (72). Auch ergebe sich aus der rechtlichen Natur der Kündigung, daß das Hinzutreten eines Schadensersatzanspruchs — wie solcher von der herrschenden Lehre konstruiert werde — zur Kündigung begrifflich ausgeschlossen sei (73—82). Vgl. Näheres o. zu §§ 320 ff. Ziff. 2.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **12** 71 Anm. 1 (KG.). Sind Grundstücke nebst Einrichtung zum Betrieb eines Sanatoriums vermietet, so liegt dem Vermieter nur ob, daß z. Z. vorhandene Inventar zu überlassen. Nichtlieferung einiger Inventarstücke bildet keinen „Mangel" der §§ 537 ff., sondern teilweise Nichtgewährung der Mietsache i. S. des § 542. (Bestätigt durch RG.)

2. **a**) R. **06** 243, BraunschwZ. **06** 72, OLG. **13** 360 (Braunschweig). Der Mieter kann schon vor Beginn der Mietzeit von dem Mietvertrage zurücktreten, wenn der Vermieter sich weigert, ihm die Wohnung bei Beginn der Mietzeit in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen. **b**) BayRpflZ. **06** 260 (München I). § 542 ist bereits dann anwendbar, wenn der Mieter mit Gewißheit den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Sache innerhalb der Vertragsdauer in einem demnächst bestimmt eintretenden Zeitpunkt aufzugeben gezwungen wird.

3. BraunschwZ. **06** 139, OLG. **13** 361 (Braunschweig). § 542 ist mit § 538 in der Weise zu kombinieren, daß Schadensersatz über die Dauer des vorzeitig beendeten Vertrags hinaus gefordert werden kann. So Dernburg, BGB. (3) II 2 § 218 V u. OLG. **13** 361 u. 362 (KG.). AM. Staudinger, BGB. (2) § 538 Ib, § 542 I 4. Vgl. o. Ziff. I 2.

4. KGBl. **06** 101, SchlHolstAnz. **06** 338 ff. (LG. I Berlin). Worin die Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs ihren Grund hat, ob in Fehlern der Mietsache (z. B. zu dünnen Wänden des Hauses, welche den Schall nicht genügend dämpfen), oder in Rechten Dritter (z. B. in vertragsmäßiger Berechtigung derselben zu einem den Lärm hervorrufenden Betriebe), ob ein Verschulden des Vermieters vorliegt oder nicht, ist für die Anwendung des § 542 gleichgültig. (Planck, BGB. (2) Note 1 u. 4.) Daher ist das Rücktrittsrecht auch gegeben wegen Unbrauchbarkeit der Wohnung infolge Eindringens des Lärms aus der darüber befindlichen Mietwohnung.

5. **RG.** JDR. **4** Ziff. 2, jetzt auch **RG. 62** 225 ff.

6. Über § 542 in Beziehung zu § 323 s. o. Ziff. 4 zu § 323.

§ 544. 1. BadRpr. **06** 78, PucheltsZ. **06** 244 (Karlsruhe). Ob der Mieter auch im Falle des § 544 zur Fristsetzung nach § 542 verpflichtet ist, ist in der Literatur streitig. (Vgl. Oertmann Note 2b, Planck 3a, Cosack I 467d u. Schäfer, JDR. **1** Ziff. 2.) Es kommt darauf nicht an, wenn festgestellt ist, daß die Fristsetzung fruchtlos gewesen wäre.

2. **a**) **RG.** 5. 10. 06, JW. **06** 713, SeuffA. **62** 63, SeuffBl. **07** 243. Das Kündigungsrecht des Mieters wegen Gesundheitsgefährlichkeit der Wohnung

kann nicht nur wegen der unmittelbaren Beschaffenheit der Wohnung gegeben sein, sondern auch bei Störungen, die aus dem Gebrauche anderer Räume desselben Hauses durch einen anderen Mieter folgen, wie z. B. bei Geräusch von Maschinen. **b)** RheinA. **103** I 214 ff., R. **06** 1194 (Cöln). Die Anwendung des § 544 setzt allerdings voraus, daß die Gesundheitsgefährdung auf der Beschaffenheit der Wohnung selbst beruht. Indes sind auch in der Nachbarschaft gelegene Umstände dann geeignet, einen Einfluß auf die Beschaffenheit der Mieträume auszuüben, wenn sie, wie Gase, Rauch, Gerüche, in die Mieträume eindringen und damit in sinnlich wahrnehmbarer Weise auf diese einwirken.

§ 545. 1. Gumbinner, DJZ. **06** 194, wendet sich gegen ein Urteil des KG. v. 3. 10. 05, welches den verreisten Mieter verantwortlich macht, weil in seiner Abwesenheit von der auf dem Boden befindlichen Waschküche Feuchtigkeit in die Mietwohnung gedrungen und diese wegen Gesundheitsgefährlichkeit unbewohnbar geworden war. Der Mieter habe die aus § 545 Abs. 1 erforderliche Anzeige unterlassen, er hätte die Obhut über die Wohnung in seiner Abwesenheit durch jemand ausüben lassen müssen. Gumbinner meint, ein verreister Mieter brauche erst unverzüglich nach seiner Rückkehr Anzeige zu machen, auch habe das KG. nicht berücksichtigt, daß vor allem auch der Vermieter verpflichtet sei, Keller und Boden von Zeit zu Zeit revidieren zu lassen.

2. RheinA. **102** I 20 ff. (Cöln) über feuchte Mietwohnung in einem Neubau und die Anzeigepflicht nach § 545.

§ 548. **a)** HansGZ. **06** Hptbl. 84 (Hamburg). Kann der Mieter die gemietete Sache dem Vermieter im unbeschädigten Zustande nicht zurückgeben, so muß er darlegen, daß dieser Zustand ohne Verschulden von seiner Seite entstanden ist. Dieser Verpflichtung genügt er jedoch durch den Nachweis, daß er bzw. seine Leute, deren er sich bei Benutzung der Mietsache bedient hat, es an der erforderlichen Sorgfalt beim Gebrauche der Sache nicht haben fehlen lassen. **b)** OLG. Frankfurt, OLG. **13** 369, FrankfRundsch. **40** 74, SeuffA. **62** 13 ff., SchlHolstAnz. **07** 51. Keine Haftung eines Hotelgastes für Schäden infolge seiner Erkrankung. Näheres hierüber bereits JDR. **2** zu § 548.

§ 549. 1. ElsLothJZ. **06** 365 ff. (Colmar). Bei der Beurteilung der Frage, ob für den Vermieter in der Person des Dritten ein wichtiger Grund liegt, dem Mieter die Erlaubnis zur Untervermietung seiner Wohnung zu verweigern, kommt es nicht darauf an, ob sich der Vermieter, wenn sich der Dritte unmittelbar an ihn gewendet hätte, in ein Mietverhältnis mit ihm eingelassen haben würde, sondern es ist zu prüfen, ob es billigerweise mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Dritten dem Vermieter zugemutet werden kann, den Mietgegenstand dem Dritten zu überlassen.

2. SächsRpflA. **06** 61 (Dresden). In einem Falle unbedingter Versagung der Untermiete seitens des Vermieters ist der Mieter zur Erlangung des Kündigungsrechts aus § 549 nicht für verpflichtet zu erachten, dem Vermieter erst noch einen bestimmten Untermieter zu stellen.

3. Abs. 1 Satz 2. Nachgiebiges Recht. (Vgl. Müller, JDR. **1** Ziff. 2.) SächsOLG. **27** 428 (Dresden). Abs. 1 Satz 2 ist im Zweifel nicht anwendbar, wenn besonders vereinbart ist, daß der Mieter ohne Zustimmung des Vermieters nicht untervermieten dürfe.

4. Zum Begriff der Afterverpachtung s. u. zu § 581 Ziff. 2d.

§ 550. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 146. Die hier gewährte Unterlassungsklage ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Der Vermieter kann nicht nur bei vertragswidrigem Gebrauch des Mieters, sondern auch bei anderen Vertragswidrigkeiten auf Unterlassung klagen, z. B. wenn der Mieter ihn, entgegen dem Mietvertrage, hartnäckig an der regelmäßigen

Besichtigung der vermieteten Wohnung hindert. Auch der Mieter kann unter Umständen auf Unterlassung klagen, z. B. wenn der Vermieter ihn vertragswidrig hindert, die zum Hause gehörige Waschküche zu benutzen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231 und u. § 581 Ziff. 3.)

§ 551. RG. 23. 3. 06, JW. **06** 333 erkennt ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters auch in Ansehung des im voraus zu zahlenden Mietzinses wegen mangelhafter Erfüllung von seiten des Vermieters an.

§ 552. **a**) SächsRpflA. **06** 179 (Dresden). Der Vermieter ist auch dann verpflichtet, sich den Wert ersparter Aufwendungen und Vorteile anderweiter Vermietung des Gebrauchs anrechnen zu lassen, wenn dem Mieter die weitere Benutzung der Räume nicht aus einem in seiner Person liegenden Grunde unmöglich gemacht wird (Staudinger, Komm. (2) II 251). **b**) OLG. **13** 387 (Dresden) handelt über die Frage, inwieweit jemand, der gegen Garantie einer gewissen Einnahme ein Theater gemietet hat, infolge von Landestrauer eingetretene Einnahmeausfälle von der Miete abziehen kann.

§ 553. R. **06** 373 (Colmar). Eine allgemein gehaltene Abmahnung ist nicht wirksam; sie muß vielmehr dem Mieter erkennbar machen, worin speziell die Vertragswidrigkeit besteht, die ihm der Vermieter zum Vorwurf macht.

§ 554. **a**) OLG. **13** 367 (KG.). Abs. 1 Satz 2 wird auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles auch auf das vertragliche Räumungsrecht angewandt. (Ebenso JDR. **1** Ziff. 2.) **b**) PosMschr. **06** 94, SeuffA. **62** 5 (Königsberg) über den Wegfall des vertraglichen Kündigungsrechts beim Ausbleiben einer Mietzinsrate, wenn bis dahin trotz der Bringpflicht des Mieters der Vermieter längere Zeit hindurch den Mietzins regelmäßig in der Wohnung des Mieters abgeholt hat, s. o. zu § 360.

§ 558. 1. BayRpflZ. **06** 24 (LG. München I). Der Mieter haftet dem Vermieter für Beschädigung des Stiegenhauses durch einen Möbeltransporteur.

2. RG. 26. 1. 06, **62** 329, JW. **06** 135, SeuffA. **61** 386. Die kurze Verjährung bezieht sich auf alle gesetzlichen und vertragsmäßigen Ersatzansprüche des Mieters — auch auf Ansprüche des Mieters auf Ersatz derjenigen Verwendungen, die er kraft Auftrags des Vermieters vorgenommen hat, OLG. **13** 368 ff. (Braunschweig), vgl. JDR. **4** Ziff. 2. — § 558 gilt im Verhältnis zu § 852 als Sondervorschrift und schließt als solche die Anwendbarkeit des § 852 aus. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 3.)

§ 559. I. 1. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 2 ff. Verpfänder (im uneigentlichen Sinne) beim gesetzlichen Pfandrechte ist derjenige, der vermöge eines zwischen ihm und dem Pfande bestehenden Verhältnisses durch Mitwirkung an der Schaffung des gesetzlichen Tatbestandes das gesetzliche Pfandrecht zum Entstehen bringt oder kurz: der das Pfand in ein Rechtsverhältnis einbringt, an das die Rechtsordnung die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts anknüpft. Z. B. der Mieter, der mit dem Vermieter (Pfandgläubiger) das Mietverhältnis (Tatbestand) eingeht und Sachen (Pfand), zu denen er schon vorher notwendig in irgendeiner Beziehung gestanden hat (Eigentum, Besitz), in die gemieteten Räume schafft.

2. Strauß, BayRpflZ. **06** 36 f. Eine betrügerische Manipulation liegt vor, wenn der Mieter in einem schriftlichen Vertrage oder mündlich auf die Frage des Vermieters die Erklärung abgibt, die von ihm in die Wohnung einzubringenden oder schon eingebrachten Sachen seien sein Eigentum, während sie in Wahrheit einem Dritten gehören. Der Vermieter wird dadurch in den Irrtum versetzt, daß er an den eingebrachten Gegenständen ein Pfandrecht für alle etwaigen Ansprüche aus dem Mietvertrage erhält, während dies tatsächlich nicht der Fall ist. — Auch in dem Verhalten des Mieters, der, ohne ausdrücklich zu

erklären, die eingebrachten Sachen seien sein Eigentum, einen Mietvertrag abschließt, also lediglich verschweigt, daß dritte Personen an diesen Gegenständen Eigentumsrechte haben, liegt eine betrügerische Handlungsweise, weil eben der Mieter verpflichtet ist, dem Vermieter von einer Sachlage Kenntnis zu geben, die auf seine Geneigtheit zum Abschlusse des Mietvertrags von ausschlaggebender Bedeutung ist. — Der Vermieter ist nicht erst dann geschädigt, wenn er seinen Mietzins nicht erhalten und sich durch Ausübung seines vermeintlichen Pfandrechts an den eingebrachten Sachen des Mieters keine Deckung verschaffen kann, sein Vermögensschaden ist vielmehr schon in dem Zeitpunkt entstanden, in dem der Mieter mit den ihm nicht gehörigen Sachen in die Wohnung eingezogen ist, und das Pfandrecht an diesen Sachen nicht entstehen konnte.

3. Aron, BayRpflZ. **06** 37 ff. Das „laufende und folgende Mietjahr" ist von dem Tage der Geltendmachung des Pfandrechts zu berechnen, denn nur der Zeitpunkt, in welchem das Pfandrecht ausgeübt wird, kann entscheidend sein. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2 u. 4, **2** Ziff. II 2.)

II. Aus der Praxis. 1. DJZ. **06** 1100 (Karlsruhe). Dem sog. Zäpflervertrag gegenüber, inhalts dessen der Zäpfler sein sämtliches Bier für die Vertragsdauer von einer bestimmten Brauerei, die ihm dafür Wirtschaftsräume und Wohnung gewährt, gegen einen bestimmten Preis beziehen muß, besteht das gesetzliche Vermieterpfandrecht nicht, weil die Bierpreisforderung Kaufpreisforderung ist.

2. **a**) HansGZ. **06** Beibl. 49 (Hamburg). Der sein Pfandrecht geltend machende Vermieter braucht dem Bestreiten des pfändenden Gläubigers gegenüber das Eigentum des Mieters an den mitgebrachten Sachen nicht nachweisen. **b**) HessRspr. **6** 180 (LG. Darmstadt). Der Rang des Vermieterpfandrechts bestimmt sich nach dem Tage des Einbringens der Sachen in die Mietwohnung ohne Rücksicht darauf, wann der Mieter mit der Mietzinsschuld in Rückstand kommt. **c**) **RG.** 20. 2, 06, JW. **06** 224. Gegenstand eines Pfandrechts im Sinne des § 559 kann nicht ein Inbegriff von Sachen sein.

3. Über die Frage, auf welche Forderungen sich das Pfandrecht des Vermieters erstreckt, handelt SeuffA. **61** 182 (Königsberg).

4. OLG. Kiel, JDR. **4** Ziff. 3c, jetzt auch SeuffA. **61** 136.

§ 560. I. 1. Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers. (JDR. **4** u. **2** Ziff. 1a, JDR. **1** zu § 560.) Boethke, GruchotsBeitr. **50** 262 ff. § 560 BGB. ist auf den Fall der Pfändung der eingebrachten Sachen für einen anderen Gläubiger des Mieters in ganzem Umfang, auch was den zweiten Satz des § 560 betrifft, anwendbar. Der Widerspruch des § 560 ist eine vom Gesetze zur Erhaltung des Vermieterpfandrechts erforderte Rechtsverwahrung — protestatio pro conservando jure —. Der Widerspruch des § 805 ZPO. richtet sich gegen die Zwangsvollstreckung und zielt auf deren Verhinderung ab (264). Aus § 805 kann daher nicht gefolgert werden, daß der Vermieter der mit der Pfändung verbundenen Entfernung der Sachen nicht widersprechen könne. Daraus, daß der Widerspruch des § 560 BGB. der Fortschaffung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher nicht hinderlich ist, folgt nicht, daß er nicht als Rechtsverwahrung die Wirkung haben könne, das Pfandrecht fortbestehen zu lassen. Man darf in dem Widerspruche nicht ein Verbot der Fortschaffung der Sachen sehen. Diese Bedeutung hat er zwar bisweilen, so in den §§ 711 BGB., 115 HGB., 142 KO. Wo jedoch hinter dem Widerspruch ein Recht steht, zu dessen Erhaltung der Widerspruch dient, ist die Folge nicht immer die, daß der beanstandete Akt unterbleiben muß. Es kommt darauf an, ob er neben dem durch den Widerspruch aufrechterhaltenen Rechte an sich bestehen kann, oder nicht. Der § 560 bezeichnet schlechthin die

Fortdauer des Pfandrechts als die Wirkung des Widerspruchs, und diese Wirkung verbleibt ihm auch an den vom Grundstücke getrennten Sachen (265). Der Widerspruch des § 560 bezweckt zunächst nur, der Entfernung der Sachen die ihr sonst zukommende Wirkung des Erlöschens des Vermieterpfandrechts zu entziehen (266). Vgl. hierzu Metzges, GruchotsBeitr. **50** 781—783.

2. Boethke, GruchotsBeitr. **50** 269. Der Widerspruch wie das Nichtwissen des Vermieters von der Entfernung der für einen anderen Gläubiger des Mieters gepfändeten Sachen hat nicht bloß die Folge, daß dem Vermieter das Vorzugsrecht bei Verteilung des Erlöses gewahrt bleibt, sondern erhält ihm auch das ungeschmälerte Pfandrecht nach etwaiger Freigabe der Sachen. Hier hat er auch, wenn die Sachen nicht auf das Grundstück zurückgebracht werden, die Klage aus § 561; die einmonatige Klagefrist des Abs. 2 Satz 2 § 561 ist von dem Zeitpunkte an zu rechnen, zu welchem der Vermieter von der Freigabe der Sachen Kenntnis erlangt.

II. Aus der Praxis. **a)** KGBl. **06** 30 (KG.). § 560 betrifft ausschließlich das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter und die von letzterem bewirkte Entfernung der eingebrachten Sachen aus der Mietwohnung. Auf die Pfändung der Sachen durch einen dritten Gläubiger und ihre Entfernung aus der Wohnung im Wege der Zwangsvollstreckung ist er nicht anwendbar. **b)** Bay. RpflZ. **06** 230 (Nürnberg). tritt der von Götte (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 3a) vertretenen Auffassung entgegen; die Entfernung im Vollstreckungswege werde durch das materielle Recht nicht betroffen und sei nur nach den erschöpfenden prozessualen Vorschriften zu beurteilen. Abs. 2 des § 560 vertrage als Ausnahme keine Ausdehnung, keine „logische Weiterentwickelung". **c)** R. **06** 374 (Breslau). Das Pfandrecht des Vermieters erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke nicht, wenn die Entfernung infolge der Pfändung durch einen Gläubiger erfolgt.

§ 561. I. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2. (JDR. **4**, **3**, **2** Ziff. 2 und **1** Ziff. 4a.) **a)** *Reinhard, JW. **06** 74. Die Monatsfrist braucht bei der Klage aus § 805 ZPO. nicht eingehalten zu werden. Die §§ 560, 561 behandeln nur das Verhältnis des Vermieters zum Mieter (gesetzliches Pfandrecht) und sind nach § 1257 BGB. nur entsprechend anwendbar auf das vertragliche Pfandrecht. Eine Ausdehnung der Bestimmung auf das gerichtliche Pfandrecht ist nirgends angeordnet, also auch nicht zulässig. Dazu fehlt es auch an dem für das gesetzliche Pfandrecht vorhandenen Bedürfnis einer Befristung des Anspruchs, weil im § 805 ZPO. bereits eine natürliche Frist — das Ende der Zwangsvollstreckung — gesetzt ist. **b)** Brandis, DJZ. **06** 858 ff. Die Ausschlußfrist des § 561 Abs. 2 Satz 2 gilt auch bei zwangsweiser Entfernung der Illaten (§§ 805, 883 ZPO.). — Der Begriff des Widerspruchs im § 805 ZPO. ist ein anderer als in den §§ 560, 561 BGB. Dort heißt Widerspruch die Geltendmachung des auf Besitz gehenden dinglichen Rechtes, hier bedeutet Widerspruch lediglich eine positive Willenserklärung, die das Nichteinverständnis mit der Entfernung kundgibt. Keineswegs ist aber unter dem Widerspruch ein tatsächliches Vorgehen oder Handeln zu verstehen, mit dem der Vermieter sein Recht geltend machen oder verfolgen will. — Ist der bloße Wille des Vermieters die einzige Ursache für die Ausnahme der Fortdauer des Pfandrechts gemäß § 560, so reihen sich unter diese Bestimmung auch die Fälle der Entfernung im Wege der Pfändung ein.

II. Aus der Praxis. 1. R. **06** 374 (Breslau). Das Pfandrecht des Vermieters und damit auch der Bereicherungsanspruch gegen den Pfandgläubiger, der die Sachen hat versteigern lassen, erlischt nicht durch Versäumung der Monatsfrist des Abs. 2 Satz 2. (AM. Karsten, JDR. **3** Ziff. 2a.)

2. RG. (Straff.) GoltdA. **53** 72. Die Beantwortung der Frage, ob der Vermieter in Ausübung des Selbsthilferechts denjenigen, der die dem Pfandrecht unterliegenden Sachen entfernen will, auch in der Freiheit beschränken darf, hängt von der besonderen Gestaltung des Einzelfalls, insbesondere davon ab, ob der berechtigte Zweck anderenfalls vereitelt worden wäre und die Freiheitsbeschränkung auf die Verhinderung des Wegschaffens beschränkt erhalten wird.

§ 564. 1. BayObLG., R. **06** 374. Die Dauer eines Mietvertrags kann auch in einer anderen Weise als durch Festsetzung einer nach dem Kalender angegebenen Zeit bestimmt werden.

2. Abs. 2. Kündigung. (IDR. **1** zu § 564 und Ziff. 1 u. 2 zu § 565.) **a)** BadRpr. **06** 78 (Karlsruhe). Die Kündigung bedarf zur Wirksamkeit nicht der Angabe eines Grundes. Nicht die subjektiven Motive des Kündigenden, sondern die objektive Sachlage ist maßgebend, wenn hinterher Streit entsteht, ob die Kündigung berechtigt war. **b)** ElsLothIZ. **06** 365 (Colmar). Kündigung durch einen unbestellbar an den Kündigenden zurückgelangten Brief ist unwirksam, dagegen ist wirksam eine selbst verspätete Kündigung, wenn deren Empfänger die Verspätung ihrer Aushändigung an ihn verschuldet hat. **c)** LG. I Berlin, KGBl. **06** 77, Grundeigentum **06** 1116. Wenn nach getroffener Verabredung die Kündigung eines Mietvertrags durch eingeschriebenen Brief geschehen sollte, so ist die durch einen gewöhnlichen Brief des Kündigenden erfolgte Kündigung doch gültig, wenn der andere von der abredewidrig übersandten Kündigung rechtzeitig Kenntnis erlangt hat, denn in diesem Falle ist sein Interesse an der Übersendungsform gegenstandslos geworden und er kann sich nicht mehr auf sein formales Vertragsrecht berufen.

§ 565. **a)** OLG. Braunschweig, SeuffA. **61** 443, SchlHolstAnz. **07** 27, R. **06** 1002. Wenn der Kläger seinen Anspruch auf den Ablauf einer gesetzlichen Kündigungsfrist stützt, so hat er zur Begründung nicht noch zu behaupten, daß diese Kündigungsfrist vereinbart oder keine besondere Kündigungsfrist vereinbart sei, vielmehr bleibt es dem Gegner überlassen, die Vereinbarung einer anderen als der gesetzlichen Kündigungsfrist zu behaupten und zu beweisen. (Entspricht der Praxis des RG.) **b)** Über die Vereinbarung vierteljähriger Kündigung im Falle des „berufspflichtigen Verzugs" eines Privatdozenten: OLG. **13** 377 (Dresden).

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend oder eine Auslegungsregel? **a)** Mittelstein, DIZ. **05** 444, wendet sich gegen OLG. Frankfurt (IDR. **3** Ziff. 4b) und OLG. Hamburg (IDR. **4** Ziff. 4b β) und erblickt im Satze 2 eine der Auslegung des Parteiwillens unzugängliche Fiktion, einmal mit Rücksicht auf den Wortlaut „gilt", sodann weil nur die Fiktion Rechtsverwickelungen vermeiden und ein Zurückkommen der Praxis auf § 125 wirksam abschneiden könne. **b)** Hiergegen Schultz, DIZ. **06** 75 ff. Ein Vertrag, von dem wesentliche Teile sich lediglich auf eine bestimmte Zeit — und zwar auf eine spätere als das „erste Jahr" des § 566 — beziehen, kann in seiner Gesamtheit nicht als „für unbestimmte Zeit" geschlossen gelten und ebensowenig durch Ausscheidung jener Vereinbarungen in einen gültigen und einen ungültigen Teil auseinandergerissen werden, wenn beide Teile innerlich durcheinander bedingt sind; hier hat vielmehr der Grundsatz des § 139 BGB. einzugreifen. — Auf solche Verträge bezieht sich § 566 Satz 2 überhaupt nicht; er setzt voraus, daß durch die Herabsetzung der mehrjährigen Gebundenheit auf ein Jahr der übrige Vertragsinhalt unberührt bleibt, und enthält insofern eine Fiktion, als für diesen Fall der Wille der Parteien, sich mit der einjährigen Gebundenheit zu begnügen, als vorhanden angenommen werden muß; insofern ist also nicht nur § 125, sondern auch § 139 ausgeschaltet. Weiter geht aber die Fiktion nicht: sie be-

rührt namentlich nicht die Frage, ob die Parteien den Vertrag auch beim Wegfall an sich selbständiger Klauseln, die aber mit der bloß einjährigen Gebundenheit unvereinbar sind, noch gewollt haben würden und ob ohne diese das Bestehenbleibende überhaupt einen vernünftigen Zweck hat. Das läßt sich nur nach § 139 entscheiden. c) OLG. Hamburg 11. 1. 06, DJZ. **06** 772, OLG. **13** 372 ff., HansGZ. **06** Beibl. 140, SeuffA. **61** 355, Grundeigentum **06** 932, tritt dem OLG. Hamburg (JDR. **4** Ziff. 4 b β) entgegen, weil, wenn man den § 139 neben dem § 566 zur Anwendung bringen wollte, eine große Rechtsunsicherheit eintreten würde, die namentlich dann nachteilig wäre, wenn der Mieter das Grundstück schon in Gebrauch genommen hatte. AM. LG. Darmstadt, HessRspr. **7** 116.

2. Mündliche Nebenabreden. (JDR. **1** Ziff. 2.) **a)** RG. 19. 1. 06, BadRpr. **06** 88. Bei Vereinbarung schriftlicher Form des Mietvertrags erstreckt sich der Formzwang auf Nebenabreden dann nicht, wenn die Parteien wollen, daß mündliche Abreden neben dem Vertrage gelten sollen. **b)** ElsLothJZ. **06** 142, PucheltsZ. **06** 604 (Colmar) — (vgl. bereits JDR. **4** Ziff. 4 a, R. **05** 431). — Mündliche Nebenabreden sind nach der Entstehungsgeschichte des § 566 rechtswirksam neben schriftlichen Mietverträgen. Vgl. auch LG. Gießen, HessRspr. **7** 28.

3. Form des Vorvertrags. R. **06** 116, ElsLothJZ. **06** 245 (Colmar). Ein Vorvertrag bedarf wie der Hauptvertrag der schriftlichen Form. Ebenso OLG. Kiel, JDR. **2** zu § 566. AM. OLG. **13** 374 (Frankfurt

§ 567. PosMschr. **06** 151 (Königsberg). Der § 567 hat rückwirkende Kraft. (Ebenso JDR. **1** Ziff. 1.) Die 30jährige Frist läuft bei den vor dem 1. 1. 00 geschlossenen Verträgen nicht schon vom Abschluß des Vertrags, sondern erst vom Inkrafttreten des BGB. ab.

§ 570. 1. **a)** RGR. a. D. Dr. *v. Lippmann tritt DJZ. **06** 729 ff. der in der Theorie und auch in einer beiläufigen Äußerung des IV. ZS. des RG. (JW. **03** Beibl. 147) vertretenen Ansicht entgegen: das Kündigungsrecht des § 570 BGB. setze voraus, daß der Mieter schon zur Zeit des Vertragsabschlusses dem im § 570 bezeichneten Personenkreis angehört habe. — Der Verf. begründet die Ansicht, daß dies nicht der Fall sei, auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Gesetzes. Der Wortlaut enthalte keine Einschränkung, während die gegenteilige Auffassung zu einer Beschränkung des Inhalts nötige, die im Gesetze keinen Ausdruck gefunden habe. — Nach der Entstehungsgeschichte erscheine die Bestimmung des § 570 BGB. als ein im öffentlichen Interesse gewährtes Standesprivilegium. In der Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis habe es sich als solches nach dem Vorbilde des Kündigungsrechts entwickelt, das § 376 I. 21 ALR. dem Mieter für den Fall einräume, daß er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen außer Stand gesetzt werde, von der gemieteten, unbeweglichen Sache Gebrauch zu machen. Der Natur des Privilegiums und dessen Zweck entsprechend, dem Beamten es zu erleichtern, der Berufung an eine Stelle an einem anderen Orte Folge zu leisten, greife es Platz, gleichviel ob der Mieter zur Zeit des Vertragsschlusses Beamter gewesen sei oder nicht. **b)** Das KG. (14. ZS.) hat am 2. 7. 06 (JW. **06** 615, OLG. **13** 375) auf die Feststellungsklage des Mieters, der nach § 570 gekündigt hatte, entschieden, das Kündigungsrecht stehe dem Beamten nach § 570 zu, wenn er nur im Zeitpunkt seiner Versetzung Beamter im Sinne des § 570 sei, und weiter ausgeführt, der Wortlaut des § 570 unterscheide nicht, ob der Mieter, der das Kündigungsrecht ausüben wolle, bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses Beamteneigenschaft gehabt habe oder nicht. Eine einschränkende Auslegung erschien um so weniger zulässig, als sie auch nicht durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und den aus ihr zu entnehmenden gesetzgeberischen Zweck gerechtfertigt werde usw. ➡ Gegen diese

Entscheidung lassen sich schwerwiegende Bedenken erheben und es ist im höchsten Maße wünschenswert, daß das RG. bald in die Lage käme, zu dieser Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen. Namentlich dürfte gegen die oben vertretene Ansicht der dispositive Charakter der Bestimmung sprechen. Auch der Herausgeber der Entsch. d. OLG. meint, daß die abweichende herrschende Ansicht volle Billigung verdiene. Red ← c) Gegen Lippmann und KG. auch Francke, BayRpflZ. **06** 478. Das Kündigungsrecht des § 570 stehe nur demjenigen zu, welcher Militärperson, Beamter, Geistlicher oder Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt war, als er mietete. — Da das Recht des § 570 wegbedungen werden könne, so könne als Vermieter des § 570 nur jemand gedacht werden, der um die Beamteneigenschaft des Mieters wußte.

2. Dennler, DJZ. **06** 699 f. Ist der Mietvertrag eines Beamten auch von seiner Ehefrau neben ihm in selbständiger Verpflichtung mit abgeschlossen worden, so muß auch dieser ein selbständiges bevorzugtes Kündigungsrecht nach § 570 zugestanden oder das Kündigungsrecht des § 570 auch dem Mietvertrag der Beamtenehefrau gegenüber als wirksam erachtet werden. Denn, wenn auch staatsrechtlich nur der Mann versetzt wird, so ist sie doch rechtlich verpflichtet, ihm zu folgen. Die Gründe des Wohnsitzwechsels sind deshalb bei ihr ganz die gleichen wie beim Manne. AM. Keyßner, JDR. **2** Ziff. 1a. Vgl. auch Oertmann, DJZ. **05** 1081.

3. Dennler, BayNotZ. **06** 225 f. Zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Wohnsitzveränderung unterscheidet § 570 nicht. Das Kündigungsrecht des § 570 kommt daher auch den bayerischen Notaren zu, deren Versetzung im allgemeinen immer nur auf ihren besonderen Wunsch erfolgt.

§ 571. I. 1. *Fuchs, GruchotsBeitr. **50** 171 ff. In den Fällen wiederholter Veräußerung des vermieteten Grundstücks haftet lediglich der ursprüngliche Vermieter als gesetzlicher Bürge nach Abs. 2, nicht auch die Zwischeneigentümer. (AM. Koban, Die gesetzliche Bürgschaft der §§ 571 u. 1251 BGB., JDR. **4** zu § 579.) Der im Abs. 1 verordnete Eintritt des Erwerbers in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen an Stelle des Vermieters macht den Erwerber nicht zum Vermieter, Vermieter ist und bleibt der dem Mieter gegenüberstehende Kontrahent des Mietvertrags. Im § 579 Abs. 1 ist nicht auch der Abs. 2 des § 571 für entsprechend anwendbar erklärt. Der innere Grund für obige Auslegung liegt darin, daß der Mieter sich den Vermieter, mit dem er den Mietvertrag abgeschlossen hat, frei gewählt, dessen Leistungsfähigkeit also vertraut hat, während der Erwerber des vermieteten Grundstücks eine Person ist, die ganz ohne Zutun des Mieters ihm gegenüber in die aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten eingetreten ist. Hier versagt also der Grund, der zur Annahme der gesetzlichen Bürgschaft geführt hat. In Betracht kommt auch, daß jeder Erwerber des Grundstücks in die Verpflichtungen aus dem Mietverhältnisse nur für die Dauer seines Eigentums eingetreten ist, also von vornherein eine viel beschränktere Verpflichtung übernommen hat als der Vermieter.

2. Über § 571 beim Jagdpachtvertrag s. u. Ziff. 2 zu § 581.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 16. 3. 06, **63** 66, DJZ. **06** 654 Der Wortlaut des § 571 zwingt nicht dazu, anzunehmen, daß das obligatorische Band zwischen Vermieter und Mieter durch die Veräußerung gelöst werde. Nur soweit der Erwerber eintritt, modifizieren sich die Pflichten des Vermieters. Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt die ursprüngliche Haftung aus dem Mietvertrag bestehen.

2. Rechte und Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis. (JDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 2a.). **a) RG.** 30. 11. 05, JW. **06** 58, SächsRpflA. **06** 174,

SeuffA. **61** 183 ff., GruchotsBeitr. **50** 951 ff. Unter den aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechten und Verpflichtungen können nur solche verstanden werden, die sich nach ihrem Inhalt als Rechte und Pflichten des Vermieters als solchen darstellen. Es kommen daher nur solche Rechte des bisherigen Vermieters in Betracht, welche die Pflichten des Mieters bezüglich der Gebarung mit dem Mietgegenstande, bzw. der Rückgabe desselben und in bezug auf die Entrichtung der Gegenleistung für den Gebrauch der vermieteten Sache betreffen. **b)** OLG. **13** 379 ff. (KG.). Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 571 geben einen Anhalt dafür, daß nur Ansprüche, welche die mietweise überlassene Sache unmittelbar betreffen und durch die Überlassung gewissermaßen dinglich geworden sind, vom Mieter gegenüber dem neuen Erwerber geltend gemacht werden dürfen. Das in dem schriftlichen Mietvertrag über das zweite Stockwerk für den Mieter ausbedungene Vormietungsrecht bezüglich des dritten Stockwerks besteht als ein aus dem Mietverhältnis hervorgehendes Recht gegenüber dem neuen Erwerber des Grundstücks fort, wenn die Abrede des Vormietungsrechts als eine solche über ein Essentiale des Mietvertrags über das untere Stockwerk erscheint. **c)** Darüber, daß die Vereinbarung des Gerichtsstandes gegenüber dem Erwerber im Falle des § 571 nicht gilt, weil sie nicht zu den „aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechten und Verpflichtungen" gehört, vgl. Anm. d. Herausg. der Entsch. d. OLG. **13** 379.

3. Darüber, ob nach dem BGB. der Vermieter dem Mieter für den demselben aus der vorzeitigen Kündigung des Erstehers bei der Zwangsversteigerung erwachsenen Schaden haftet, s. **RG.** 16. 6. 06, **63** 66 ff., o. Ziff. 2 zu § 325.

§ 573. 1. Bezieht sich § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen? Vgl. IDR. **4** Ziff. 1, **3** Ziff. I 2, **2** zu § 573 und **1** Ziff. 2. **a)** *Lafrenz, ZBlFG. **7** 1. Die durch Anordnung der ZwVerw. erfolgende Beschlagnahme ist keine Verfügung i. S. des § 573. Bei gleichzeitiger ZwVerw. und ZwVerst. gebühren deshalb jene Mieten, welche entfallen auf die mit dem Zuschlage beginnende Zeit, dem Ersteher; nicht etwa hat der Zwangsverwalter Anrecht auf die Mieten des ganzen laufenden und des folgenden Vierteljahrs. AM. Flachs, ZBlFG. **6** 741. **b)** Aron, BayRpflZ. **06** 134 ff., vertritt den Standpunkt des RG., IDR. **4** Ziff. 1b, **3** Ziff. I 1. Wenn auch das BGB. in einer Reihe von Vorschriften ausdrücklich ausgesprochen habe, daß der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt (vgl. §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883, 2115), so habe damit allein der Gesetzgeber doch nicht andeuten wollen, daß in anderen Fällen, in denen nur von Verfügung die Rede sei, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte ausgeschlossen sein sollte. — Ein weiteres Argument wird aus § 1124 entnommen. — Die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung wird in ihrer Wirkung nicht dadurch berührt, daß der Mieter selbst Erwerber des Mietgegenstandes wird. Es ist gleichgültig, wer zu jener Zeit Eigentümer des Mietgegenstandes ist, zu welcher die wirksam gepfändeten Mietzinsen fällig werden. **c)** SächsRpflA. **06** 442 (Dresden). Der Grundsatz, nach dem der rechtsgeschäftlichen Verfügung des Vermieters über Mietzinsen im Sinne von § 573 die Mietzinspfändung gleichsteht, erleidet keine Ausnahme, wenn es sich um ein im Zustande der Zwangsverwaltung stehendes Grundstück handelt.

2. **a)** **RG.** DIZ. **06** 654. Der Mieter, der gemäß § 57 ZVG. infolge vorzeitiger Kündigung des Erstehers räumen muß, hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter. **b)** Ebenso Lindemann, DIZ. **06** 1201. Infolge des § 57 Satz 2 ZVG. tritt der Ersteher in die Verpflichtung des Vermieters (Verpächters) dem Mieter (Pächter) den Gebrauch der Sache während

der ganzen vertragsmäßigen Zeit zu gewähren, nicht ohne weiteres ein, sondern erst dann, wenn er von dem ihm gesetzlich gewährten Kündigungsrechte keinen Gebrauch macht; in dieser Unterlassung findet das Gesetz die stillschweigende Willenserklärung des Erstehers, die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten des Vermieters (Verpächters) in vollem Umfange auch hinsichtlich der Vertragsdauer übernehmen zu wollen. Solange diese stillschweigende Willenserklärung nicht erfolgt ist, bleibt die Verbindlichkeit des Subhastaten, für die Erfüllung des Vertrages während der ganzen Vertragsdauer auch über den Zeitpunkt, zu dem der Ersteher kündigen kann, hinaus zu sorgen, als Hauptverbindlichkeit neben seiner im übrigen nur bürgenmäßigen Haftung bestehen. Die Kündigung des Vertrags durch den Ersteher versetzt den Subhastaten in die selbstverschuldete Unmöglichkeit, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, woraus sich nach § 325 BGB. seine Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung ergibt.

3. **a)** SächsRpflA. **06** 406 (AG. Dresden). Gegenüber dem Nießbraucher eines Grundstücks, der dasselbe ersteht, ist die Pfändung der Mietzinsen auch für das zur Zeit des Zuschlagsbeschlusses laufende und das folgende Vierteljahr unwirksam. **b)** OLG. **14** 131 (KG.). Der durch § 573 gewährte Schutz des Grundstückserwerbers gegen schädigende vor dem Eigentumsübergang erfolgte Verfügungen des Vermieters ist auch dem Erwerber des Nießbrauchsrechts an einem Grundstück einzuräumen.

§§ 573, 574. OLG. **13** 378 (KG.). Die §§ 573, 574 dürfen nicht gegen den Mieter dahin ausgelegt werden, daß die Vorausverfügungen des bisherigen Eigentümers unter allen Umständen wirksam bleiben und das vom Zessionar durch die Abtretung des künftigen Mietzinses erlangte Recht auch durch solche Ereignisse nicht mehr beeinträchtigt werden solle, die den Bestand des Mietverhältnisses selbst berühren. Daher kann der Zessionar des künftigen Mietzinsanspruchs auf diese Zinsrate nicht klagen, wenn inzwischen der Mieter das Mietgrundstück erworben hat. AM. KG., IDR. **4** Ziff. 5b zu § 571.

§ 579. Darüber, ob bei wiederholter Veräußerung des vermieteten Grundstücks lediglich der ursprüngliche Vermieter als Bürge haftet, s. o. Ziff. I 1 zu § 571.

§ 580. OLG. **12** 70 (Kiel). Auf Räume in beweglichen Sachen, abgesehen von den im § 95 gedachten Gebäuden, kann § 580 nicht bezogen werden.

II. Pacht.

§ 581. 1. Kleineidam, DJZ. **06** 1359 ff. Das Recht des Pächters bzw. seines Rechtsnachfolgers unter den Voraussetzungen des § 560 Satz 2, Illaten auch gegen den Widerspruch des Verpächters vom Grundstücke zu entfernen und damit das Pfandrecht zum Erlöschen zu bringen, hat nur so lange Geltung, als die betreffenden Sachen noch nicht vom Verpächter auf Grund des § 1231 in Beschlag und Besitz genommen sind.

2. Jagdpachtvertrag. (IDR. **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 2.) **a)** Bloch, Bay. RpflZ. **06** 160 ff. (vgl. auch Z. f. Jagdrecht **07** 7 f.). Nicht ein Grundsatz, sondern eine lex specialis ist im § 571 BGB. enthalten. Die Vorschriften über die Miete sollen auf die Pacht nur „entsprechende" Anwendung finden, es bedarf also für jeden einzelnen Satz des Mietrechts einer besonderen Prüfung, wenn er auf einen Pachtvertrag angewendet werden soll, und erst dann ist die Anwendung zulässig, wenn sich das Vorhandensein der gleichen rechtlichen und sachlichen Erfordernisse ergeben hat. Bei § 571 BGB. kann eine entsprechende Anwendung für den Jagdpachtvertrag nicht Platz greifen. Gegenstand der Jagdpacht ist zunächst nicht etwa ein „Grundstück", sondern ein „Recht", nämlich das

Jagdrecht des einen Eigenjagdbezirk besitzenden Verpächters. Das Jagdrecht stellt zwar einen Bestandteil des Grundstücks dar, ein wesentlicher Bestandteil im Sinne der §§ 93, 94 ist es jedoch nicht. Es fehlt also bei der Jagdpacht in erster Linie der dem Grundstücke entsprechende Gegenstand, indem als Vertragsobjekt nicht ein Immobile, sondern ein den Vorschriften über Liegenschaften nicht unterworfenes Recht sich ergibt. In zweiter Linie kann der Jagdpächter nie das Erfordernis der Besitznahme des Vertragsgegenstandes erfüllen. (Vgl. JDR. 2 Ziff. 1.) **b)** BayRpflZ. **06** 339 (München). Die entsprechende Anwendung des § 571 BGB. auf die Jagdpacht ist nicht geboten, die unmittelbare nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht vorgeschrieben. **c)** OLG. **13** 382 ff. (KG.). Die §§ 571, 581 finden auf den Jagdpachtvertrag keine Anwendung, weil er das Jagdrecht, nicht aber das Grundstück, auf dem die Jagd ausgeübt werden soll, zum Gegenstande hat. — Ebenso OLG. **13** 385 (Stettin), welches davon ausgeht, daß im allgemeinen dem Jagdpächter der Besitz an dem Grundstück nicht überlassen ist und es auch nicht für ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs erachtet, einem derartig losen Verhältnisse zu einem Grundstück, wie der Jagdpacht, den einschneidenden Schutz des § 571 zukommen zu lassen (386). **d)** **RG.** 11. 5. 06, **63** 293 ff. Die Afterverpachtung einer Jagd kann auch durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags bewirkt werden, in dem die Jagdpächter anderen Personen gegen Entgelt die Befugnis zur Ausübung der Jagd einräumen.

3. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 146. Macht der Pächter von dem Pachtgegenstand einen vertragswidrigen Gebrauch, so kann der Verpächter nach § 550 auf Unterlassung klagen. Diese Unterlassungsklage ist indessen nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Der Verpächter kann auch bei anderem rechtswidrigen Tun des Pächters auf Unterlassung klagen, z. B. wenn dieser ihn hartnäckig an der ausbedungenen regelmäßigen Besichtigung des Pachtgutes hindert. Unter Umständen kann auch der Pächter auf Unterlassung klagen, z. B. wenn der Verpächter einer Schlittschuhbahn darauf Eis hacken läßt. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teils, hinter § 231 u. zu § 550.)

4. R. **06** 441 (Stettin). Ein Vertrag, der die Gebrauchsüberlassung einer durch Wasserkraft getriebenen Mühle nebst einigen dazu gehörigen Ländereien zum Gegenstande hat, ist nicht als Miete, sondern als Pacht anzusehen. (Vgl. o. § 535 Ziff. II 6.) .

§ 585. 1. *Bunsen, ABürgR. **29** 37 ff., widerlegt die von der gemeinen Meinung aufgestellte Behauptung, daß das Pfandrecht des Verpächters an den stehenden Früchten erst mit der Trennung der Früchte entstehe und deshalb dem vor der Trennung nach § 810 ZPO. begründeten Pfandrechte nachstehe. Es wird ausgeführt, daß der § 585 BGB. ebenso wie § 810 ZPO. eine Ausnahmebestimmung gegenüber dem § 93 BGB. enthalte. Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten entsteht, sobald der in den Besitz des Pachtgutes angewiesene Pächter gesäet, gepflanzt hat (BGB. § 94).

2. BraunschwZ. **06** 96, OLG. **13** 203 (Braunschweig) wendet sich gegen den Versuch Weirauchs (JDR. 4), den Rang des Rechtes auf den Abschluß des Pachtvertrags zurückzudatieren, weil es dafür einer besonderen Vorschrift im BGB. bedurft hätte. — Eine analoge Anwendung der durch § 810 ZPO. statuierten Ausnahme von der Regel des § 93 BGB. auf das Verpächterpfandrecht verbietet sich.

§§ 591 ff. *Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt. Die Bestimmungen über die Pacht eines Landguts deuten darauf hin, daß das Gesetz den Begriff des Unternehmens im bestimmten Umfange als relevant erachtet hat.

Fünfter Titel. Darlehen.

§ 607. I. 1. Beweislast. **RG.** (II 26. 5. 06) ElsLothJZ. **06** 552, GruchotsBeitr. **50** 947, SeuffA. **61** 444, JW. **06** 462, R. **06** 800. Gegenüber dem Schenkung behauptenden Beklagten hat der Darlehnskläger die Beweislast dafür, daß die Hingabe des Geldes in einer den Beklagten zur Rückzahlung verpflichtenden Weise erfolgt sei. Denn wenn auch durch den allgemein richtigen Satz, daß Schenkungen nicht vermutet werden, die Schenkung ausgeschlossen wird, so ist dadurch noch nicht das Darlehen bewiesen. Der Kläger hat daher immer noch die Empfangnahme des Geldes als Darlehen zu beweisen.

2. Darlehns- und Bierbezugsvertrag. S. o. zu § 138 Ziff. 7 I B a. a) **RG. 63** 390 ff., JW. **06** 419 (II. 11. 5. 06), 456 (II. 15. 6. 06), R. **06** 1075. Verträge, zufolge deren ein Wirt gegen Gewährung eines Darlehens gegenüber einer Brauerei zur Abnahme des Bierbedarfs auf eine bestimmte Zeit sich verpflichtet und die Rückzahlung des Darlehens durch einen Aufschlag auf den Bierpreis erfolgt, verstoßen in der Regel weder gegen die guten Sitten, noch sind sie wucherisch. Eine abweichende Beurteilung kann nur in besonderen Umständen, in der drückenden Härte der Vertragsbedingungen, namentlich in der übermäßigen Zeitdauer der Bierbezugsverpflichtung ihre Begründung finden. **b**) Ebenso BayRpflZ. **06** 253 (OLG. München und BayObLG.). Es handelt sich nicht um ein Verhältnis von unbestimmter Dauer (vgl. § 620). Durch die Vertragsbestimmung, daß Rechtsnachfolger diese Abmachungen zu respektieren haben, werden die Erben des Wirtes verpflichtet, dafür einzustehen, daß der künftige Inhaber der Wirtschaft in den Vertrag eintrete, und die Darlehnsschuld auf die im Vertrage bestimmte Art zu tilgen. Das Rechtsverhältnis ist also auch den Erben gegenüber wirksam. **c**) PucheltsZ. **06** 388 (Karlsruhe). Der übliche, von Großbrauereien mit Wirten abgeschlossene Darlehns- und Bierlieferungsvertrag ist als ein einheitlicher Vertrag aufzufassen. Die Vereinbarung über den Bierbezug ist lediglich ein Bestandteil des Darlehnsvertrags in dem Sinne, daß die Verpflichtung des Wirtes eine Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens darstellt. Dies ist aber so aufzufassen, daß eine zunächst nur die Brauerei bindende Kreditzusage vorliegt, unter gleichzeitiger näherer Regulierung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, welche im Falle der Annahme des Darlehens für den dadurch zustande kommenden Darlehnsrealvertrag gelten sollen, also ein bloßes pactum de mutuo dando, nicht ein auch den Wirt zur Empfangnahme und damit zur Erfüllung der übrigen Gegenleistungen, insbesondere zum Bierbezuge verpflichtendes pactum de mutuo dando et accipiendo. Plancks gegenteilige Annahme bei verzinslichen Darlehen wird in dieser Allgemeinheit als zu weit gehend abgelehnt. (Bei Nichtannahme des Darlehens und Verweigerung des Bierbezugs verfällt daher die für den letzteren Fall festgesetzte Konventionalstrafe nicht.)

3. Darlehen zu unsittlichem Zwecke. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 926, SeuffA. **61** 436, HansGZ. **06** Beibl. 153, SächsRpflA. **06** 324 ff., JW. **06** 331 ff. Ein Darlehnsvertrag verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil der Darlehnsgeber die Absicht des Empfängers, das dargeliehene Geld zum Ankauf eines Bordells zu verwenden, gekannt hat. Dies ist besonders dann nicht der Fall, wenn der Darlehnsgeber nicht den Zweck verfolgt hat, aus dem Bordellbetrieb eigenen Vorteil zu ziehen. Vgl. o. zu § 138 Ziff. 7 I A b.

4. Über stillschweigenden Verzicht auf Aufrechnung gegen eine Darlehnsschuld vgl. SeuffA. **61** 5 Nr. 4 (München).

5. Über Pfändbarkeit des Anspruchs auf Baudarlehen vgl. SeuffBl. **06** 659, JustdRundsch. **06** 76 (LG. München), o. zu § 399 Ziff. 2.

6. OLG. **13** 422 (Braunschweig). Das Darlehnsversprechen ist nicht zessibel. Vgl. o. zu § 399 Ziff. 4.

II. Abs. 2. 1. Verhältnis zum abstrakten Schuldversprechen. Zulässigkeit von Einwendungen aus dem alten Schuldgrunde. **a)** *Schöninger, Leistungsgeschäfte 297. Die Umwandlung einer bisherigen Schuld in ein Darlehen ist nichts anderes als die Umwandlung in ein abstraktes Schuldversprechen (Novation). **b)** Anders **RG.** JW. **06** 550, R. **06** 1078. Wenn die Schuldumwandlung gemäß § 607 Abs. 2 die Rechtswirkung haben soll, dem Schuldner die Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse zu verschließen, so müssen die Beteiligten eine neue abstrakte Schuldverbindlichkeit (§§ 780, 781) schaffen. Eine solche wird durch den Schuldumwandlungsvertrag keinenfalls schon von selbst und rechtsnotwendig begründet. (Vgl. u. zu §§ 780 ff.) (Möglich ist jedoch, daß die Vertragschließenden neben die Schuldumwandlung noch eine abstrakte Schuldanerkennung setzen.) Vgl. **RG. 62** 51. **c)** **RG. 62** 51, JW. **06** 11. § 364 Abs. 2 greift hier nicht Platz. Die aus dem alten Schuldgrunde (Werkvertrag) abzuleitenden Einwendungen werden durch die Umwandlung in eine Darlehnsschuld ausgeschlossen; denn das Geschuldete hat durch diese Umwandlung einen neuen Schuldgrund erhalten sollen, mit welchem die Fortdauer des alten nicht vereinbar sein würde. Jedoch sind Einwendungen aus dem Werkvertrag aus einem anderen Gesichtspunkte zulässig. Soweit nämlich die vorausgesetzte frühere Schuld in Wirklichkeit nicht bestand, würde auch das Darlehen nicht zustande gekommen sein. Wegen dieser Einreden vgl. §§ 767 Abs. 1 Satz 3, 768, 768 Abs. 2.

2. Verhältnis zu den klaglosen Verbindlichkeiten. **a)** Kohler, Geben und Wiedergeben, ACivPr. **98** 347—471, behandelt — an der Hand römisch-rechtlicher Quellenstellen — den Vorgang der Umwandlung bestehender Verbindlichkeiten anderer Art in Darlehen und weist auf die Möglichkeit hin, dadurch das Gesetz zu umgehen. Wird das Spiel in ein Darlehen verwandelt, so stellt dies nur eine Umgehung dar, und das Darlehnsgeschäft mit allen seinen vermittelnden Vorbereitungen ist unwirksam. **b)** *Siber, JheringsJ. **50** 165 f. Die Vereinbarung setzt das Bestehen einer klagbaren Verpflichtung voraus, ist daher auf Grund von „Spielschulden", wie von unverbindlichen Börsentermingeschäften unwirksam.

3. Künftige Forderungen. **RG.** JW. **06** 550, BankA. **6** 22, R. **06** 1375. Wenn auch das BGB. ausdrücklich nur die Umwandlung einer bereits bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld regelt, so ist doch mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit eine derartige Abrede auch für künftig erst entstehende Forderungen zuzulassen. Diese Ausdehnung steht nicht im Widerspruch mit der Eigenschaft des Darlehens als Realvertrags. Denn sie ist nur die Anwendung des bereits vor dem BGB. anerkannten Satzes, daß die reale Übergabe der Darlehnsvaluta ersetzt werden könne durch die Übereinkunft, daß der Schuldner das, was er schon schuldig sei, als Darlehen behalten dürfe. Deshalb kann die Klage, obwohl den Darlehnshypotheken keine Darlehnsschulden zugrunde liegen, sondern der Beklagte sie der klagenden Bank zur Sicherung ihrer Ansprüche aus einem ihm eröffneten Wechselkredit bestellt hat, mit Recht auf die Darlehnsbekenntnisse gestützt werden.

4. „Bares" Darlehen. WürttJ. **18** 65 (Stuttgart). Der Ausdruck „bares Darlehen" wird häufig entweder in dem Sinne von Darlehen überhaupt ohne weitere Bedeutung oder auch in dem Sinne eines Darlehens, bezüglich dessen der Darlehnsnehmer die Valuta bereits empfangen hat und nicht erst später erwartet, gebraucht. Wenn also die Schuldner bekennen, für ein bares Darlehen eine gewisse Summe schuldig geworden zu sein, es sich aber nicht um die Hingabe eines baren Darlehens, sondern um die Verwandlung aus anderen Gründen bestehender Forderungen in eine Darlehnsschuld gemäß § 607

Abs. 2 gehandelt hat, so ist in der Wahl des Ausdrucks „bares Darlehen" nichts besonders Auffälliges zu finden und die auf das Bekenntnis bezugnehmende Grundbucheintragung dadurch keineswegs erschüttert.

5. OLG. **13** 421 (Dresden). Wenn nach Umwandlung eines Darlehens in eine Gesellschaftseinlage die Begründung der Gesellschaft endgültig gescheitert ist, so muß die Einlage dem Darlehnsnehmer wegen Wegfalls des bezweckten Erfolges in der Weise zurückgewährt werden, daß er sie wieder als ein ihm gegebenes Darlehen behandeln läßt.

§ 610. 1. HansGZ. **06** Beibl. 181, BankA. **6** 14, R. **06** 1373 (Hamburg). Wenn es sich auch in den §§ 321 und 610 nicht um die Anwendung eines allgemeinen Prinzips auf zwei konkrete Tatbestände handelt, sondern um die singuläre Normierung lediglich jener besonders gearteten Verhältnisse, so ist trotzdem zu prüfen, ob nicht nach der Ansicht der Parteien der Rücktritt vom Vertrage zulässig sein solle.

2. Über die Ausdehnung des in §§ 321 und 610 ausgesprochenen Grundsatzes der clausula rebus sic stantibus auf die Kreditzusage vgl. OLG. **13** 397 (Hamburg).

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung (zum 6. Titel): An grundlegenden Arbeiten fehlt es diesmal so gut wie gänzlich; dafür jedoch sind eine Reihe von wichtigen Sonderfragen von Brunn, Bendix, Koehne und Springer vornehmlich bearbeitet worden. Wie alljährlich hat die Rechtsprechung auch diesmal wieder mannigfaches und bedeutsames Material geliefert. Die Anwendung der §§ 611 ff. auf den Beamtendienstvertrag (§§ 611 Ziff. 4b, 618 Ziff. 1) ist nunmehr so gut wie endgültig festgelegt. Praktisch besonders wichtig erscheint die reichlich behandelte Frage, ob die Pflicht des Dienstherrn zum Einkleben der Versicherungsmarken aus dem Dienstvertrag folgen müsse oder könne oder woher sie sonst zu leiten sei (§ 611 Ziff. 5d). Zu den alten Vertragstypen (§ 611 Ziff. 6) sind zum Teil neue Beiträge geliefert worden; wesentlich neuartige sind nicht zur Entscheidung gelangt. Daß der unrechtmäßig entlassene Angestellte sich nicht zur Verfügung zu stellen braucht, wird jetzt überwiegend angenommen, daneben aber auch, daß er weiter arbeiten muß, wenn der Prinzipal sich besinnt und bereut (§ 615 Ziff. 2, 3); beides erscheint sachentsprechend. Fundamentale Fragen der Klagenkonkurrenz behandelt OLG. Bamberg zu § 618 Ziff. 2. Die Frage, ob das Vorliegen eines „wichtigen Grundes" Rechts- oder Tatfrage sei, wird vom RG. und dem OLG. Braunschweig verschieden beantwortet (§ 626 Ziff. 3). Der Zeitpunkt, wann ein solcher Grund vorliegen müsse, wird sehr zutreffend und praktisch richtig entschieden (§ 626 Ziff. 4). Überaus reichliche Behandlung hat wieder zum § 630 das Zeugnisrecht erfahren. Es ist anzuerkennen, daß nunmehr fast in jedem Falle die Rechtsprechung den Bedürfnissen der Beteiligten gerecht wird. Dagegen nimmt Bendix an, daß der Prinzipal nicht zur Ausstellung eines bestimmten Zeugnisses verurteilt werden dürfe. Die redaktionellen Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht sind an der einschlägigen Stelle vermerkt.

Literatur (zum 6. Titel): Bendix, Drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrechte, ABürgR. 28 94—136 (zu § 630). — Brunn, Die Haftung des Arbeitgebers für den aus der Nichtverwendung von Beitragsmarken zur Alters- und Invalidenversicherung dem Arbeitnehmer erwachsenen Schaden, ABürgR. 28 271—285 (zu § 618). — Koehne, Der Rechtscharakter des gewerblichen Akkordvertrages, ABürgR. **29** 46—72 (zu §§ 611 ff.). — Springer, Der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses im BGB., GruchotsBeitr. **50** 753—781.

Zu §§ 611 ff. Köhne: Die Arbeitsverträge der GewO., soweit diese keine Bestimmung enthält, unterliegen mindestens bei Zeitlohn den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag. Diese müssen aber auch für diejenigen gewerblichen Arbeitsverträge gelten, bei denen die Lohnhöhe nicht nach der Arbeitszeit,

sondern nach dem Maße der geleisteten Arbeit bezahlt wird. § 623 hat den Akkordlohn im Auge, nicht die „höheren Lohnformen", Gewinnbeteiligung und Prämiensysteme. Der Akkordvertrag ist für das BGB. Dienstvertrag. 50/51 gegen Rümelins Ansicht, daß er Werkvertrag sei. 51 ff. bekämpft er Wölbling, der ihn für einen Nebenvertrag, eine sekundäre Erscheinung neben dem Dienstvertrag erklärt. Nach Köhne liegt ein durchaus eigenartiger Vertrag vor, der als eine besondere Unterart des gewerblichen Dienstvertrags aufzufassen ist, und der durch die Rechtsüberzeugung der Beteiligten seine besondere Ausgestaltung empfangen hat (55). Über den Stücklohnvertrag 57 ff. (Erörterung der gewerberechtlichen Vorschriften). 60 ff. über die Unterschiede des Stücklohn- vom Zeitlohnvertrage. — 67 ff. über den gewerblichen Arbeitsverdingungsvertrag. Er ist nicht als bloße Unterart des gewerblichen Stücklohnvertrags zu betrachten. Er unterscheidet sich von dem Zeitlohnvertrage darin, daß der Arbeiter eine bestimmte Leistung auszuführen verspricht. Eine andere Frage ist, inwieweit die Rechtsvorschriften des Arbeitsverdingungsvertrags von denjenigen des Stücklohnvertrags verschieden sind. Zweifellos liegt auch hier Dienst-, nicht Werkvertrag vor.

§ 611. 1. Dienst- und Werkvertrag. S. JDR. **2** Ziff. 1, **4** Ziff. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 238 ff., 274. Der Unterschied von Dienst- und Werkvertrag besteht nicht darin, daß nur beim letzteren dem Gläubiger ein Ersatz geschuldet wird, was vielmehr bei allen Verpflichtungen der Fall ist, sondern darin, daß aus Werkvertrag ein produktiver Ersatz geschuldet wird, d. h. die Verschaffung eines Wertes, der im Vermögen des Schuldners noch nicht vorhanden zu sein braucht, aus Dienstvertrag nur ein Übertragungsersatz, d. h. die Überlassung der beim Schuldner schon vorhandenen Arbeitskraft zum Gebrauch an den Gläubiger. Daher ist Unvermögen zur Leistung nur beim Werkvertrag, nicht beim Dienstvertrag denkbar: Unfähigkeit zur versprochenen Dienstleistung ist objektive Unmöglichkeit, die (nicht vorhandene) Arbeitskraft des Schuldners zu überlassen. Ist sie ursprünglich, so verpflichtet sie den Schuldner nur kraft einer besonderen — freilich meist stillschweigend damit verbundenen — Garantieübernahme zur Ersatzleistung. Vgl. §§ 275, 306.

2. Dienst- und Gesellschaftsvertrag. S. JDR. **2** Ziff. 2. GewKfmG. **11** 331 (GG. Breslau). Akkordarbeiter, welche von einem Arbeiter, der seinerseits von dem bauleitenden Architekten den Fassadenputz eines Hauses übernommen hat, zur gemeinsamen Ausführung der Putzarbeiten angenommen worden sind, stehen mit dem Arbeiter in einem Dienstvertragsverhältnis, nicht in Gesellschaftsverhältnis (vgl. hierüber § 705). Vgl. wegen der Vergütung § 612 Ziff. 2.

3. Dienst- und Mäklervertrag. **a)** OLG. **12** 73, R. **06** 297 (Jena). Wenn der Lohn ausdrücklich ohne Rücksicht darauf vereinbart ist, ob ein Veräußerungsvertrag über ein Haus infolge des Nachweises der Gelegenheit zum Abschluß eines solchen oder der Vermittelung zustande käme, sich also lediglich als Entgelt für die von dem anderen Teile zu leistenden Dienste darstellt, so liegt Dienstvertrag vor, nicht Mäklervertrag. **b)** OLG. **13** 392, BraunschwZ. **06** 165 ff. (Braunschweig). Die Vereinbarung, durch welche jemand gegen Entgelt bevollmächtigt wird, für Rechnung des anderen dessen Grundstück zu verkaufen und alle damit zusammenhängenden Geschäfte zu führen, ist kein Dienstvertrag, da der Bevollmächtigte sich nicht zu bestimmten einzelnen Diensten verpflichtet hat, andererseits aus der Art der Provisionsfestsetzung hervorgeht, daß sie nicht unbedingt, sondern nur für den Fall des Verkaufs aller oder einiger Grundstücke gezahlt werden sollte. Vielmehr liegt ein Mäklervertrag vor.

4. Begriffliches. **a)** Vergütung. Vgl. a. JDR. **2** Ziff. 10. OLG. **12** 84 (Bamberg). Die Vergütung braucht nicht in Geld zu bestehen, sie kann

auch in Gewährung einer Naturalverpflegung und anderen Vorteilen, z. B. Leistung von Gegendiensten erfolgen. (Daher schließt der Umstand, daß eine Dienstleistung aus nachbarlicher Gefälligkeit erfolgt ist, die Annahme eines entgeltlichen Dienstvertrags nicht aus.)

b) Beamtendienstvertrag. S. IDR. **3** Ziff. 5 Abs. 2, **4** Ziff. 2 b. α. Potthoff, Einheitliches Privatbeamtenrecht, HirthsAnn. **06** 401–414, fordert das einheitliche Recht der Privatangestellten in Deutschland. β. RG. **63** 430 ff., IW. **06** 551 ff., PucheltsZ. **06** 655 ff., R. **06** 1259. Es steht zwar fest, daß das Staatsbeamtenverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist und durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt begründet wird, sowie daß, soweit jenes Verhältnis vertragliche Elemente enthält, diese jedenfalls nicht in einem privat-, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ihren Ursprung finden. Dies schließt aber nicht aus, daß das Beamtenverhältnis nicht nur für den Beamten, sondern auch für den Staat privatrechtliche Wirkungen hervorbringt, insoweit also quasikontraktlicher Natur ist, welche in Ermangelung positiver Gesetzesbestimmungen und aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses sich ergebender Ausnahmen nach Analogie des Dienstvertrages zu beurteilen sind. Dies gilt namentlich für Schadenszufügungen durch Verletzung der Amtspflicht. Zum Ersatz des hierdurch dem Staat zugefügten Schadens ist der B amte nach Analogie des Dienstvertrages und der Bestimmungen des BGB. über Schadensersatz verpflichtet. (Danach macht das RG. einen Stationsassistenten für den Schaden haftbar, den er dem Staate dadurch zugefügt hat, daß er in Ausübung oder mindestens in Veranlassung der Ausübung seines Amtes gegen einen Unterbeamten eine vorsätzliche Körperverletzung begangen und hierdurch dem Staate Vertretungskosten verursacht hat.) γ. OLG. **12** 72, R. **06** 49 (Cöln). Im Gegensatz zu RheinA. **102** I 73 (Cöln) wird ausgesprochen, daß die privatrechtlichen Vorschriften über den Dienstvertrag auch auf die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Beamten zur sorgfältigen Ausübung seiner dienstlichen Verpflichtungen entsprechend anwendbar sein müssen (angewendet auf Kassenrendanten). Vgl. o. § 276 Ziff. 5 b. δ. RheinA. **103** I 70 (Cöln). Der zum Gemeindesekretär einer rheinischen Bürgermeisterei Gewählte ist, wenn auch nur zur Ableistung einer Probezeit angenommen, nicht auf Grund eines privatrechtlichen, nach den §§ 611 ff. BGB. zu beurteilenden Dienstvertrags in den Dienst der Bürgermeisterei getreten, sondern auf Grund einer Anstellung als Beamter. Er unterliegt daher den Bestimmungen des Kommunalbeamtengesetzes vom 30. 7. 99.

c) Anwendungsgebiet. α. KGI. **32** B 65 (KG.). Der Sprachgebrauch des Reichsrechts, welches als Dienstverhältnis jedes durch einen Dienstvertrag begründete Rechtsverhältnis bezeichnet, kann nicht zur Auslegung des älteren preußischen Landesrechts herangezogen werden. Unter Dienstverhältnis im Sinne der I. St. 73 Abs. 2 ist vielmehr, dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäß, ein dauerndes, auf einen längeren Zeitraum berechnetes Verhältnis zu verstehen, kraft dessen der eine Teil dem anderen zur Leistung einer Reihe von Diensten verpflichtet ist. Handelt es sich nur um einen einzelnen Dienst, die Besorgung eines einzelnen Geschäfts, wie z. B. die Vertretung eines anderen im Prozesse durch einen Rechtsanwalt, so spricht man im Leben nicht von einem Dienstverhältnisse. β. DIZ. **06** 1154 (PrOVG.). Mit dem Bestehen eines rechtsgültigen Dienstvertrags verliert § 1617 seine Anwendung. Über den Unterschied beider Gebiete vgl. § 1617.

5. Vertragsrechte und -pflichten. S. IDR. **2** Ziff. 7, 8, **3** Ziff. 7, **4** Ziff. 3. **a**) Unterlassungen. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 145/146. Der Bedienstete ist vielfach vertragsmäßig auch zu Unterlassungen ver-

pflichtet, z. B. nach Ablauf des Dienstverhältnisses eine bestimmte Zeit lang in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, ein ihm im Dienst bekannt gewordenes Geheimnis nicht zu offenbaren. Bei hartnäckiger Verletzung der Verpflichtung kann der Dienstgeber auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

b) Konkurrenzklausel. OLG. **12** 269, R. **06** 617 (Hamburg). Der vertragswidrig auf einer anderen Bühne auftretende Künstler verliert den Anspruch auf seine Gage. (Durch das vertragliche Verbot, vom Tage des Vertragsschlusses bis Ablauf des Vertrags, sowie während der Dauer weiterer sechs Monate in Hamburg auf einer anderen Bühne aufzutreten, waren die Künstler auch für den Fall gebunden, daß der Vertrag vom Beklagten vorzeitig gekündigt wird. Wenn auch die Abmachung für den Beklagten besonders darin von Wert ist, daß die Künstler während des ganzen Monatsengagements auf seiner Bühne auftreten, so hat er doch auch daran ein Interesse, daß Künstler, die er für sein Institut engagiert und dann als ungeeignet entlassen hatte, nicht sofort auf einer anderen Bühne desselben Ortes auftreten.)

c) Überstunden. JDR. **3** Ziff. 7b. GewKfmG. **11** 287 (GG. Mannheim). Die Frage, ob der in Wochenlohn beschäftigte Arbeiter einen gesetzlichen Anspruch auf besondere Bezahlung der Überstunden hat, wird von manchen GG. deshalb verneint, weil der Wochenlohn, wenn das Gegenteil nicht ausdrücklich bedungen, das Entgelt für die gesamte Tätigkeit während der Woche darstelle, von anderen mit dem Hinweis darauf bejaht, daß auch der Wochenlohn nichts sei, als die Vergütung für die regelmäßige Arbeitzeit. GG. Mannheim vereinigt beide Auffassungen in dem Sinne, daß zwar im allgemeinen der Wochenlohn die gesamte Tätigkeit während der Woche vergütet, für ausnahmsweise Überarbeit also besondere Bezahlung nicht verlangt werden kann, daß dagegen andererseits der Wochenlohn ebenso wie der Tagelohn in Korrelation zur regelmäßigen Arbeitszeit steht und daher, wenn die regelmäßige Arbeitszeit längere Zeit andauernd überschritten wird, auch Extrabezahlung dieser Überarbeit erfolgen muß.

d) Pflicht zum Einkleben von Beitragsmarken (Versicherungsgesetz). S. a. JDR. **2** § 611 Ziff. 8b, § 823 zu I unter 7-β; s. a. o. § 254 Ziff. 10f. α. Brückner, GruchotsBeitr. **50** 783 ff. Der Arbeitgeber ist dem Arbeiter für die rechtzeitige Verwendung (Einklebung) der für die Erlangung der Invaliden- und Altersrenten erforderlichen Marken nur haftpflichtig, wenn er sich dem versicherten Arbeiter zu diesen Verrichtungen mittels besonderer Abrede ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat. Auch in solchem Falle wird die Entschädigungspflicht nur in beschränktem Maße Platz greifen, weil meist ein mitwirkendes Verschulden des Versicherten hervortreten, also § 254 BGB. zur Anwendung kommen wird. β. RG. **63** 53. Die §§ 616—618, welche dem Bestreben entsprungen sind, im Interesse der wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer die Vertragspflichten der Arbeitgeber zu erweitern, sind positive Sonderbestimmungen, was bei den §§ 617, 618 darin erkennbar hervortritt, daß sie durch § 619 zu zwingendem Rechte gemacht sind. Sie lassen sich daher nicht als Zeugnisse für das Bestehen eines allgemeinen, wenngleich nur in Einzelfällen ausdrücklich ausgesprochenen Rechtssatzes auffassen (vgl. RG. **58** 135). Es läßt sich aus ihnen daher eine Erweiterung der Vertragspflichten des Arbeitgebers nicht ableiten und insbesondere nicht eine aus dem Arbeitsvertrag entspringende Pflicht des Arbeitgebers anerkennen, für die ordnungsmäßige, vom Invalidenversicherungsgesetz vorgeschriebene Verwendung der Versicherungsmarken zu sorgen. Jedoch können nach den besonderen Umständen des Falles die Beteiligten unausgesprochen gewollt haben, daß der Arbeitgeber mit dem Abschlusse des Arbeitsvertrags zugleich die Fürsorge für die Markenverwendung übernehmen solle. Es kann dies auf Grund einer Verkehrssitte (z. B. in staatlichen und auch sonst bei größeren

Betrieben) üblich sein. Dann ist der Arbeitgeber hierzu nach § 242 auch gegenüber dem auf diesen Brauch sich verlassenden Arbeiter verpflichtet. Vgl. hierzu § 242. γ. RG. PucheltsZ. 06 308, unter Aufhebung von PucheltsZ. 05 371 (Cöln). Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschaffung der Marken für seine Arbeiter ist eine öffentlich-rechtliche dem Staate gegenüber, nicht aber eine privatrechtliche gegenüber dem Arbeiter; ein Schadensersatzanspruch des Arbeiters wegen des Nichteinklebens dieser Marken gegen den Arbeitgeber kann daher auf das IVG. selbst nicht gegründet werden. Auch kann mit Rücksicht auf das frühere bis 1. 1. 00 in Geltung gewesene IVG., welches im Gegensatz zu dem vom 13. 7. 99 das unbeschränkte Nachkleben der Marken gestattete, das Unterlassen des Klebens für den Verlust des Rentenanspruchs weder als kausal betrachtet, noch kann insoweit von einem voraussehbaren Schaden oder von einem Verschulden des Arbeitgebers gesprochen werden. Jedoch kann sich dieser aus Art. 1382 Code civil haftbar machen, wenn er durch positive Tätigkeit es verschuldet, daß der Arbeiter die zur Herbeiführung der Versicherung nötigen Schritte unterläßt (indem er ihm z. B. nach Vorlage der Quittung erklärt, er sei zur Versicherung nur bereit, wenn der Arbeiter auch den dem Arbeitgeber zur Last fallenden Beitrag übernimmt).

e) Gesetzliche Krankenversicherungspflicht. PrVerwBl. **27** 896 (OVG.). Die gesetzliche Krankenversicherungspflicht für eine Beschäftigung, die in Ermangelung eines privatrechtlich gültigen Vertrags versicherungspflichtig wäre, kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß die Parteien über das Beschäftigungsverhältnis einen Werk- und nicht einen Dienstvertrag im Sinne des Privatrechts vereinbaren. Die Versicherungspflicht besteht nur für denjenigen, der persönlich Arbeit im versicherungspflichtigen Betrieb leistet, während weder beim Werk- noch beim Dienstvertrag die Verpflichtung in Person erfüllt werden muß. Entscheidend ist allein, ob anzunehmen ist, daß der Arbeitleistende sich zu dem Inhaber des Betriebs in die abhängige Stellung eines Arbeiters begeben oder ob er die Arbeit unter Wahrung seiner persönlichen Selbständigkeit übernommen hat.

f) Anspruch auf Erfindungen des Dienstverpflichteten. S. IDR. **2** Ziff. 8, **3** Ziff. 7a. α. *Edwin Katz, GewRschutz **06** 213 ff. Das Recht der Angestellten an den von ihnen im Betriebe ihres Geschäftsherrn gemachten Erfindungen regelt sich nicht nach den Vorschriften des Werkvertrags, sondern nach den Vorschriften des Dienstvertrags. Der Geschäftsherr könnte nie Eigentumsansprüche, sondern nur obligatorische Ansprüche haben; aber auch diese nur, wenn im Dienstvertrag ausdrücklich eine Vereinbarung darüber getroffen worden ist, daß die Erfindungen des Angestellten dem Geschäftsherrn zu übereignen sind. Aus der Natur des Dienstvertrags ergibt sich dieser Anspruch nicht, sondern nur der Anspruch auf solche Dienste, welche von Angestellten von gleicher Rangstellung und gleicher Gehaltsstufe regelmäßig geleistet zu werden pflegen. Eine Ausnahme bildet die Etablissementserfindung. Darunter sind zu verstehen kleine Erfindungen, die von mehreren Angestellten im Geschäftsbetriebe geleistet werden, ohne daß festzustellen ist, auf wen die erfinderische Tätigkeit zurückzuführen ist. β. Alexander-Katz, Die Anstellungsverhältnisse der Techniker in der deutschen Industrie, Deutsche WirtschZ. **06** 775—783, bespricht die gesetzliche Regelung, hauptsächlich de lege ferenda. γ. Ebenso Ephraim, IndustrieRZ. **06** 194 ff. δ. Weiteres Material de lege ferenda s. in den DIT. **28**.

6. Anwendungsfälle. S. IDR. **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 4.

a) Ärztlicher Dienstvertrag. S. IDR. **1** Ziff. 1e, f, **2** Ziff. 6a, **3** Ziff. 6a. *Brückmann, IW. **06** 76 ff., über die Konkurrenz der Ansprüche aus Dienstvertrag und auftragloser Geschäftsführung im Falle der ärztlichen Behandlung der Ehefrau; s. u. zu § 683 Ziff. 1 u. § 1357.

b) Anwalts- und Notarsvertrag. S. JDR. **2** Ziff. 6c, **3** Ziff. 6c, **4** Ziff. 3c. α. ZBlFG. **6** 628 (LG. Colmar). Das Rechtsverhältnis zwischen einem Notar und den Parteien eines Kaufvertrags, mit dessen Verbriefung der Notar beauftragt ist, ist ein Dienstvertrag. β. BayObLG. **7** 19, R. **06** 243. Das Verhältnis zwischen Klient und Rechtsanwalt, der für ihn bei einer Erbauseinandersetzung tätig sein, so viel wie möglich von der ihm ausgesetzten Rente retten und ihm über die Rechtsbehelfe Aufschluß geben sollte, ist nach bayerischem Landrecht und nach gemeinem Rechte (nach Art. 170 EGBGB. anwendbar) zwar nach den Vorschriften über den Auftrag, nach BGB. (das hinsichtlich der Verjährung in Betracht kommt) jedoch als Dienstvertrag, nicht als Werkvertrag, zu beurteilen.

c) Fabrikarbeitervertrag. Jörg, BayRpflZ. **06** 336. Der Werkvertrag setzt einen selbständigen Unternehmer voraus, d. h. einen solchen, der hinsichtlich der Mittel und Wege zur Herstellung der Arbeit des Werkes freie Hand hat. Ein solcher selbständiger Unternehmer ist der stets der Aufsicht und den Anordnungen seines Arbeitgebers unterworfene Fabrikarbeiter nicht. Er ist vielmehr Dienstverpflichteter. Dies gilt auch für den Akkordarbeiter. Vgl. hinsichtlich der Kündigung §§ 620 ff.

d) Vertrag zwischen Ziegelmeister und Ziegeleibesitzer. S. JDR. **2** Ziff. 6f. SächsRpflA. **06** 566 (Dresden). Wenn es sich nicht um die Vollbringung eines einheitlichen Erfolges, sondern um eine Reihe selbständiger Einzelleistungen handelt, liegt Dienstvertrag, nicht Werkvertrag, vor. So angenommen bei dem Rechtsverhältnis des Ziegelmeisters und seiner mit Herstellung und Vertrieb von Ziegeln beschäftigten Firma. Daß der Ziegelmeister eine bestimmte Anzahl Ziegel zu brennen sich verpflichtet hat, steht dem nicht entgegen, da auch bei einem auf einzelne Dienste gerichteten Vertrage deren voraussichtlicher Gesamtumfang im voraus bestimmt werden kann. Auch die Vergütung durch Akkordlohn und die selbständige Anstellung von Arbeitern durch den Ziegelmeister spricht nicht gegen die Annahme des Dienstvertrags. Vgl. u. zu § 647 Ziff. 1 und über den Begriff „Verdingen" zu § 61 Ziff. 1 KO.

e) Vertrag mit Bauunternehmer. JDR. **4** Ziff. 4e. HessRspr. **7** 125 (LG. Gießen). Den Inhalt eines Vertrags mit einem Bauleiter bildet kein „Werk", kein Arbeitsresultat, sondern der Bauleiter stellt lediglich seine Arbeitskraft in den Dienst des Bauherrn. Daher Dienst-, nicht Werkvertrag. Vgl. § 627 Ziff. 3.

f) Vertrag mit Architekten. α. **RG. 63** 312, JW. **06** 459. Die Tätigkeiten des Architekten, welcher lediglich beim Abschluß der Verträge zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Unternehmern dem ersteren Hilfe leistet oder der Bauarbeiten leitet und überwacht, sind fortlaufende Dienste im Sinne des § 611 BGB. und nicht Inhalt eines Werkvertrags. (S. a. u. zu § 648 Ziff. 9a.) β. OLG. **12** 80 (Karlsruhe). Insofern der Architekt dem Bauherrn Dienste als Bausachverständiger leistet, in den Vorschlägen und der Gestaltung des Bauobjekts, in der Verdingung des Baues an die Unternehmer, in der Aufsicht über die vertragsgemäße Ausführung der Arbeiten der Unternehmer durch Anleitung und Überwachung, endlich in der Abnahme des Werkes (Prüfung der Arbeit und Abrechnung mit den Unternehmern) ist er als Dienstverpflichteter auf Grund eines Dienstvertrags tätig. Er gehört daher nicht zu den Unternehmern im Sinne des § 648.

g) Vertrag mit Maurermeister. OLG. **13** 332 (Cöln). Wer die Ausführung von Arbeiten nicht als Unternehmer übernommen, sondern die Maurerarbeiten an den Häusern des anderen Teiles als Maurermeister, also als Handwerker teils im Tagelohn, teils im Akkord durch seine Gehilfen ausgeführt und dabei lediglich Arbeiten seines eigenen Handwerks geliefert hat, verliert auch

dadurch seinen Charakter als Handwerker nicht, daß er selbst nicht mitarbeitet, sondern sich auf die Beaufsichtigung der Gehilfen beschränkt. Ebensowenig wird er dadurch Unternehmer im Sinne des Werkvertrags, daß er sich Bauunternehmer nennt und als solcher Gewerbesteuer entrichtet.

h) Vertrag mit Inkassobüro. R. **06** 1134 (Frankfurt a. M.). Für die Frage, ob in der Übernahme eines Inkassoauftrags gegen Zusicherung einer Vergütung von 30 pCt. des Forderungsbetrags ein Dienst- oder Werkvertrag zu erblicken ist, ist entscheidend, ob rechtlich die Dienstleistung oder der Erfolg zum unmittelbaren Gegenstande des Vertrags gemacht ist. Daß wirtschaftlich die Herbeiführung eines Erfolges bezweckt wird und daß die Vergütung je nach dem Erfolge der Dienstleistung bestimmt ist, spricht nicht gegen den Dienstvertrag.

i) Schleppvertrag. OLG. **11** 416 (Hamburg). Wenn ein Schlepper einem Seedampfer beim Verholen beistehen, also behufs Verrichtung von im voraus nicht bestimmten Diensten gemäß den vom Seedampfer ihm zu erteilenden Anweisungen seine Schleppkraft in den Dienst des Seedampfers stellen soll, so liegt Dienst-, nicht Werkvertrag vor. Dem steht nicht entgegen, daß die Schleppdampferfirma die Dienste nicht persönlich leistet (§ 613).

k) Transportvertrag als Dienstvertrag. OLG. **12** 270, R. **06** 617 (Naumburg). Beim Fracht- oder Werkvertrag ist die Ausführung einer Aufgabe Gegenstand der Verpflichtung des Unternehmers, der für das Gelingen verantwortlich ist. Dies setzt voraus, daß er dazu im wesentlichen selbständig seine Anordnungen treffen könne. (Dies ist ausgeschlossen, wenn im Vertrage, durch den die Kläger den Transport von Rüben nach dem Hafen der Beklagten, einer Zuckerfabrik, in eigenen und von ihnen selbst gestellten fremden Kähnen vom 1. 10. bis 15. 11. gegen Entgelt übernommen haben, die Beklagte selbst sich die Dispositionen vorbehalten und solche brieflich getroffen hat. Bei dieser Abhängigkeit ist nicht anzunehmen, daß die Kläger eine Vertretung für das Gelingen der Beförderung in zeitlicher Beziehung hätten übernehmen sollen und wollen. Der Vertrag stellt sich vielmehr als Sachmiete verbunden mit Dienstvertrag dar.)

l) Gemischte Vertragsverhältnisse. S. IDR. **2** Ziff. 6i, **3** Ziff. 6h, **4** Ziff. 4h. OLG. **12** 84, R. **06** 297 (Bamberg). Liegt eine im BGB. nicht besonders aufgeführte Vertragsart, ein Rechtsverhältnis, dessen Tatbestand zweideutig ist, vor, so ist nach dem Inhalte des ganzen Rechtsverhältnisses festzustellen, welcher benannten Vertragsart der nicht benannte Vertrag am nächsten kommt, und nach dem Ergebnisse sind die anzuwendenden Normen zu bestimmen. (So ist das dadurch entstandene Rechtsverhältnis, daß, als die Beklagte mit der Dreschmaschine dreschen ließ, ihr die Nachbarn halfen, darunter auch der Kläger, indem er in der Scheune Stroh legte, dem Dienstvertrag am ähnlichsten und hiernach zu beurteilen, obwohl es sich um eine rein unentgeltliche Dienstleistung handelt. Von einem Auftrage kann hier nicht gesprochen werden, weil keine Geschäftsbesorgung, sondern eine Arbeitsleistung des Klägers vorliegt, ferner auch von Schenkung nicht, da es an der Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen des Klägers fehlt, indem dieser Dienste solcher Art berufs- oder gewerbsmäßig gegen Entgelt nicht leistet.)

§ 612. 1. GewKfmG. **11** 218 (GG. Dortmund). Als üblich muß diejenige Vergütung gelten, welche im allgemeinen für eine derartige Arbeit bezahlt zu werden pflegt. Der in einem von etwa zwei Dritteln aller Arbeitgeber in Dortmund anerkannten Tarife festgesetzte Lohn ist daher als die übliche Vergütung zu betrachten. Vgl. o. § 316 Ziff. 2.

2. GewKfmG. **11** 331 (GG. Breslau). Arbeiter, die mit anderen Arbeitern im Akkord arbeiten (vgl. o. zu § 611 Ziff. 2), haben auf den bei Beendigung der Arbeit verbleibenden Akkordüberschuß einen nach Verhältnis der Zahl der Arbeitstage zu berechnenden Anspruch. Ein Arbeiter, der vor Beendigung der Arbeit eines wichtigen Grundes wegen ausscheidet, behält den Anspruch auf einen verhältnismäßigen Teil des Überschusses; wer ohne wichtigen Grund ausscheidet, erhält nur den Tagelohn. (Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist bejaht worden bei einem Arbeiter, der bereits vor Beginn der Arbeit angekündigt hatte, daß er eine andere Arbeit in Aussicht habe, verneint worden bei einem Arbeiter, welcher trotz Widerspruchs ausgeschieden war, um eine besser bezahlte Arbeit zu erhalten.)

3. SächsRpflA. **06** 343 (Dresden). Kein Anspruch auf Vergütung besteht für die Krankenpflege der Schwiegermutter, welche im Hause ihres Schwiegersohns auf Grund Herbergsrechts mitwohnt und sich bis auf einige Jahre vor ihrem Tode in der Wirtschaft helfend betätigt hat. Man muß davon ausgehen, daß ihr die Krankenpflege als einer Familienangehörigen, und zwar von seiten der verheirateten Tochter und der Kinder als der Mutter und Großmutter gewährt worden ist. Diese Umstände schließen die Annahme aus, daß die Krankenpflege nur gegen Vergütung zu erwarten gewesen sei. Wegen Unterhalt usw. vgl. u. § 685 Ziff. 3.

§ 615. 1. §§ 323 ff. und § 615. S. a. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 2. GewKfmG. **11** 351—355 (GG. Luckenwalde). Die §§ 323 ff. finden auf den Dienstvertrag nur teilweise Anwendung. Insbesondere darf der § 615 durch den § 323 nicht dahin abgeschwächt werden, daß bei jeder objektiven Unmöglichkeit der dienstberechtigte Arbeitgeber von der Lohnzahlung befreit wird. Unmöglich ist die Arbeitsleistung nur, wenn die Bereitstellung der Dienste von seiten des verpflichteten Arbeiters ausgeschlossen ist, nicht aber dann schon, wenn der Arbeitgeber objektiv und absolut nicht in der Lage ist, die angebotenen Leistungen, die wirkliche Dienstbereitwilligkeit, anzunehmen (Endemann). § 323 findet also auf den Dienstvertrag nur dann Anwendung, wenn der Dienstverpflichtete zur Dienstleistung, nicht aber, wenn der Dienstberechtigte zur Annahme außerstande ist. — (Unmöglichkeit verneint bei Nichtbeschäftigung wegen unverschuldeten Materialmangels im Falle eines Akkordarbeiters.) S. o. zu § 323 Ziff. 7.

2. Muß der zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassene Dienstverpflichtete seine Dienste anbieten? S. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2 und HGB. § 70, **4** Ziff. 2. **a**) Meyer, DJZ. **06** 531 f. Ein grundlos entlassener Handlungsgehilfe braucht seine Dienste nicht noch besonders anzubieten, um Lohn für die Zeit nach der Entlassung fordern zu können. **b**) R. **06** 617 (Breslau). Bei einem dauernden Dienstverhältnis bietet der Verpflichtete durch seinen Dienstantritt die Erfüllung seiner Dienstpflicht tatsächlich an (§ 294). Eine sofortige Entlassung nach Aufnahme der Arbeit ist nichts anderes, als die Ablehnung des vom Dienstverpflichteten gemachten Angebots. Eines wörtlichen Angebots bedarf es dann nicht mehr. Seine Dienste auch ferner täglich zur Verfügung zu halten, ist der Entlassene nicht verpflichtet. **c**) Ebenso OLG. **12** 268, R. **06** 617 (Darmstadt), s. u. Ziff. 3a.

3. Inwieweit muß der grundlos ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist Entlassene der Aufforderung zur Weiterarbeit Folge leisten? S. JDR. **1** Ziff. 4a, b, **2** Ziff. 5, HGB. § 70 Ziff. 8, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 3. **a**) OLG. **12** 268, R. **06** 617 (Darmstadt). Die Verzugsetzung ist schon darin gelegen, daß der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung dem Dienstherrn durch seine Dienste bis zum Augenblicke der Entlassung fortwährend tat-

sächlich anbietet, und der Dienstherr kommt gerade durch die in der Entlassung gelegene Nichtannahme der Fortsetzung der Dienste bereits gemäß § 293 in Verzug (vgl. DJZ. **03** 340). Allein der Verzug muß ein dauernder sein. (Dies ist nicht der Fall, wenn der Dienstherr sofort nach der Entlassung Verhandlungen wegen gütlicher Erledigung der Sache einleitet und sich schließlich bereit erklärt, die Dienste entgegenzunehmen. Der Dienstverpflichtete mußte deshalb seinen Dienst wieder aufnehmen, wenn er die Gegenleistung beanspruchen wollte. Denn der Vorfall war auch keineswegs so schwerer Art, daß ihm die Fortsetzung der Dienste nicht mehr zugemutet werden konnte oder ein Kündigungsgrund nach §§ 70, 71 HGB. vorlag.) **b)** BadRpr. **06** 321 (Karlsruhe). Der durch unberechtigte Entlassung entstandene Verzug des Dienstherrn hört auf, wenn er sich nach Erlaß des die Entlassung für unberechtigt erklärenden Urteils auf den Boden dieses Urteils stellt, den rückständigen Lohn zahlt und den Angestellten zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordert. Leistet der Angestellte der Aufforderung nicht Folge, so ist jetzt seine Entlassung berechtigt. Vgl. u. zu § 626 Ziff. 1 d.

4. Anrechnungspflicht. S. JDR. **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 5. **a)** Mantey, R. **06** 849. Das Anrechnungsrecht des Dienstherrn aus Satz 2 des § 615 ist nur einredeweise der konnexen Lohnforderung des Dienstpflichtigen gegenüber möglich. Erlischt die Lohnforderung, z. B. durch Verjährung, Erlaß, so ist auch die Anrechnungsbefugnis aus Satz 2 des § 615 erloschen. Erlischt die Lohnforderung, weil der Dienstberechtigte den Lohn bei der sofortigen Entlassung im voraus zahlt, so verliert er zugleich die Anrechnungsbefugnis. — Auf Grund des § 615 Satz 2 Rückzahlung zu fordern, ist danach nicht möglich. (S. jedoch JDR. **4** Ziff. 5 b.) Ein freiwillig und ohne Prozeß leistender Arbeitgeber hat dann also nur einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zufolge § 813 Abs. 1 Satz 1 oder § 812 Abs. 1 und nur in den Grenzen des § 818 Abs. 3 bzw. § 813. **b)** Degen, SächsRpflA. **06** 73/74. Die Anrechnungspflicht ist auch gegenüber einem Erwerb anzuerkennen, den der Dienstverpflichtete nicht durch Dienstleistungen an Dritte, sondern dadurch erlangt, daß er sich irgendwie selbständig macht und im eigenen Geschäftsbetrieb Einnahmen erzielt. Soweit die Reineinnahme, die der Dienstverpflichtete durch den eigenen Geschäftsbetrieb erzielt, die Vergütung für die leitende Tätigkeit, die Kapitalaufwendung und die Verlustgefahr, die jede Selbständigmachung mit sich bringt, den sog. Unternehmergewinn darstellt, beruht sie allerdings auf einer durchaus ungleichartigen Erwerbsquelle. Dafern aber der Dienstverpflichtete selbst im Geschäfte mitarbeitet und dadurch eine Hilfskraft sich erspart, kommt neben dem Unternehmergewinne zugleich die Vergütung für diese seine Arbeitsleistung in einer entsprechenden Steigerung des geschäftlichen Gesamtgewinns zur Erscheinung, und dieses Mehr vom Reingewinne muß der Dienstverpflichtete sich anrechnen lassen; er hat es durch seine Dienste erworben, nur daß er nicht einem Dritten, sondern sich selber die Dienste geleistet und dergestalt auch denjenigen Teil seiner Arbeitskraft für sich verwendet hat, den er dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. **c)** Plutus **06** 243/4 (KfmG. Berlin). Nicht anrechnungspflichtig sind Provisionen, die der Angestellte erst nach der Beendigung des Vertrags erhalten hat. (Er hatte vorher, während der Vertragszeit, wenn auch nach seiner Entlassung, einer anderen Firma Aufträge vermittelt, und sollte die Provisionen für diese, wie üblich, erst dann bekommen, wenn die Zahlungen dafür von den Kunden einliefen.) Das Gericht ging davon aus, daß die Geschäfte gemäß § 158 als aufschiebend bedingt zu gelten haben, und zwar in der Art, daß, solange die Kunden noch nicht gezahlt haben, auch der Anspruch des Angestellten nicht perfekt und somit der Verdienst auch nicht vorher erfolgt sei. **d)** Beweis-

last. RG. SeuffA. **61** 138. Gegenüber dem Kläger, — Agenten —, welcher infolge des Verhaltens der Beklagten, die von seinen Diensten keinen Gebrauch gemacht hatte, die Provision nicht verdienen konnte und infolgedessen die Summe, welche er bei Vertragserfüllung durch Beklagte verdient haben würde, als Schadensersatz fordert, ist Beklagte für die Tatsache beweispflichtig, daß der Schaden durch anderweitige Verwendung der Dienste nach § 615 Satz 2 beseitigt sei. Dies ergibt auch die Entstehungsgeschichte und ist die Meinung der Motive.

Zu §§ 616—618. 1. RG. **63** 53, o. bei § 611 Ziff. 5 d β. Keine Ausdehnung dieser Sondervorschriften.

2. Kleinschmidt, HessRspr. **7** 133 ff. Die §§ 616 ff. regeln nicht alle aus der Dienststellung sich ergebenden Rechtsbeziehungen erschöpfend, vielmehr kann weitergehende Haftung aus anderen Rechtstiteln sehr wohl geltend gemacht werden. S. weiteres u. zu § 618 Ziff. 2 b.

§ 617. Springer: Der Zweck der §§ 617, 627, 629, 630 drängt dahin, die „dauernde" Zeit so kurz als möglich zu bestimmen. Auch muß der Maßstab im Verhältnis zu der zulässig längsten Zeit von fünf Jahren bestehen. Belanglos ist, um welche Art von Diensten es sich handelt. Auch eine Abhängigkeit des Dienstleiters ist nicht erfordert. Gleichgültig auch, ob die Vergütung in Geld besteht, ob sie nach Zeiträumen usw. oder wie sonst bestimmt ist. — Wann ist ein Dienstverhältnis auf die Dauer angelegt? (758 ff.) Jedenfalls ist eine tatsächlich lange Dauer, rückwärts hin betrachtet, dauernd, also für die Rechtsübung gleichwertig „dauernd" ist nicht nur, was dauern wird, sondern auch, was gedauert hat. Gleichgültig ist, wie lange die Dienste wirklich geleistet worden sind. Dies muß davon abhalten, das Wesen des „dauernden" auf eine lange Zeit zu erstrecken, eine lange Zeit für den Begriff des dauernden Dienstverhältnisses zu erfordern. Wann ist nun das Dienstverhältnis von vornherein auf Dauer angelegt? (763 ff.) Gleichgültig ist die Zahlungszeit, auch die Länge der Kündigungsfrist. Eine kurze zwingt nicht zur Annahme eines nicht dauernden Verhältnisses. Schon die Abrede einer Kündigungsfrist ist, im Zweifel, kein deutliches Zeichen dafür, daß es auf Dauer angelegt werden sollte. Die Kündigungszeit hat mit der Vertragsdauer nichts zu tun, sie zeigt nur eine relative Dauer, die Minimaldauer, an. Auch ob der Dienstpflichtige in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist (Planck), ist gleichgültig. Gegen Schalhorn 769. Gegen die Ansicht, daß das Dienstverhältnis, um dauernd zu sein, nicht nur vorübergehend, nicht zur Aushilfe eingegangen sein müsse, 770 ff. Man darf nicht vorübergehende Dienstleistungen und Dienstverhältnisse verwechseln. Gegen Kuhlenbeck und Schultzenstein, die die Vertragszeit für maßgebend halten, 773 ff. Nach dem Verf. sind nicht dauernd alle Dienstverträge, bei denen der Dienst sich in einer einzelnen, einmalig vorzunehmenden Leistung vollendet und erschöpft. Dies auch, wenn eine nicht ganz kurze Zeit darauf zu verwenden oder die Leistung in einzelnen Teilen zu verrichten ist, selbst bei häufiger, auch regelmäßiger Wiederkehr. Weiter sind nicht dauernd alle Dienstleistungen zur schleunigen Hilfe bei Unglücksfällen oder Verheerung durch Naturereignisse, zur schleunigen Beseitigung von Verkehrs- und Betriebsstörungen, überhaupt alle gelegentlichen und zur Befriedigung eines ausnahmeartigen Bedürfnisses verrichteten Dienstleistungen (779). Über dauernde Dienstverhältnisse 780/1. Bei einer großen Anzahl ergibt sich diese Eigenschaft schon aus dem allgemeinen wirtschaftlichen Wesen des Dienstverhältnisses mit voller Sicherheit, so bei einem Gutsverwalter, Bureauvorsteher, einer Gesellschafterin. Ebenso, wenn von „Anstellung" die Rede ist (Gesinde, Handlungs-, Gewerbegehilfen). Beispiele aaO. 780. Dauernd sind die seit der sog. „Kampagne" eingegangenen Dienstverhältnisse. Es kommt also auf den

Umfang der Dienstaufgabe an, darauf, was der Dienstschuldner leisten soll oder geleistet hat. S. IDR. **2** Ziff. 1, **4** Ziff. 1.

§ 618. 1. Anwendung des § 618 auch auf den Beamtendienstvertrag. S. IDR. **3** Ziff. 2. **RG.** PrVerwBl. **27** 488. Wiederum wird anerkannt, daß nach preußischem Rechte auf das Staatsdienerverhältnis die privatrechtlichen Grundsätze über die Dienstverträge insoweit entsprechende Anwendung finden, als die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten aus dem Dienstverhältnis in Frage stehen. Es wird daher eine Gemeinde für den Schaden, den einer ihrer Beamten (Lehrerin) durch den gesundheitsgefährlichen Zustand der Dienstwohnung erlitten, haftbar gemacht. Denn zu den im § 618 vorgesehenen Räumen sind die den Beamten überwiesenen Dienstwohnungen füglich zu rechnen. Auch ist die Vorschrift des § 618 zwingender Natur, mithin auch auf bereits bestehende Dienstverhältnisse anwendbar. (Vgl. insbes. IDR. **4** Ziff. 2c.)

2. Verhältnis zu §§ 823 ff. S. IDR. **2** Ziff. 2. **a)** SeuffA. **61** 139 (Bamberg). An sich kann der Beschädigte, wenn die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung bildet, nach seiner Wahl entweder den Anspruch aus dem Vertragsverhältnis oder den Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 823 ff. geltend machen. Nun stehen dem Kläger, welcher als Arbeiter in dem landwirtschaftlichen Betriebe der Beklagten durch Absturz von der Scheune verunglückt war, nach §§ 823 ff. dieselben Entschädigungsansprüche zu, wie nach § 618, ausgenommen jedoch der auf Schmerzensgeld. Letzteres folgt aus der Nichterwähnung des § 847 im § 618 Abs. 3 i. V. mit § 253. Nach § 618 war also die Haftung des Arbeitgebers eine geringere als nach §§ 823 ff. Ist aber die Haftung eines Vertragsteils nach den besonderen, für den betreffenden Vertrag geltenden Gesetzesvorschriften eingeschränkt, so hat dieser Vertragsteil auch eine höhere Haftung auf Grund der allgemeinen Bestimmungen nach §§ 823 ff. nicht zu vertreten. Es kann zwar der andere Vertragsteil bei der Klaganstellung, weil es ihm Vorteile bringt, die unerlaubte Handlung zur Grundlage nehmen, aber dem Gegner steht das Recht zu, sich auf diesen Vertrag zu berufen. Kläger kann daher die gesetzlich eingeschränkte Haftung der Beklagten durch die Wahl eines besonderen Klagegrundes nicht einseitig ausdehnen und Schmerzensgeld nicht beanspruchen. **b)** Kleinschmidt, Hat der verletzte Dienstverpflichtete Anspruch auf Schmerzensgeld? HessRspr. **7** 133 kritisiert diese Entscheidung und führt aus, daß es dem Gläubiger freistehe, ob er seine Ansprüche auf Vertrag oder unerlaubte Handlung gründe. Entscheidet er sich für letzteres, so tritt er aus dem Vertragsverhältnis vollständig heraus, er steht dem anderen wie ein Dritter gegenüber, der aus unerlaubter Handlung klagt. Soll er aber schlechter stehen, als der Dritte? Das widerspräche der Billigkeit. Demgegenüber ist die Nichterwähnung des § 847 im § 618 ohne Bedeutung. **c)** HansGZ. **06** Beibl. 21 (Hamburg). Aus dem rechtlich als Dienstvertrag zu qualifizierenden Bühnen-Engagementsvertrage hat der Künstler nach § 618 den kontraktlichen Anspruch, daß die zur Verrichtung der Dienste zu beschaffenden Räume und Vorrichtungen, d. i. hier der Bühnenraum und seine Einrichtung so hergestellt werden, daß er gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienste es gestattet. Als sozialpolitische, zwingende Vorschrift ist § 618 ferner ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2, so daß seine Verletzung auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt.

3. Keine Sorge für Eigentum des Arbeitnehmers, GewKfmG. **11** 239 (GG. Mannheim). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, auch für die Sicherheit des Eigentums des Arbeitnehmers — namentlich sofern dieser in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen ist — statuiert § 618

nicht. Man wird eine solche Haftung (falls sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend — etwa dadurch, daß der Arbeitgeber die Habe des Arbeitnehmers von diesem direkt übergeben erhält und übernimmt — vereinbart ist) daher nicht annehmen können, insbesondere auch nicht ohne besondere vertragliche Festlegung eine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeiter einen verschließbaren Raum zur Aufbewahrung seiner Sachen zuzuweisen. Wollte man aber eine solche Verpflichtung trotzdem annehmen, so muß der Arbeitgeber erst in Ansehung der Erfüllung dieser Verpflichtung in Verzug gesetzt sein. (Der bestohlene Arbeiter hätte vor der Entwendung den Mangel eines genügenden Aufbewahrungsraumes reklamieren müssen.) Die Bestimmung des § 618 Abs. 3, welche einen Verzug des Arbeitgebers nicht voraussetzt, darf als Ausnahmebestimmung nicht analog angewendet werden.

4. Weg zur Arbeitsstätte. R. **06** 1318 (Rostock). Das Sichhinbegeben des Dienstpflichtigen von seiner Wohnung zur Arbeitsstätte gehört nicht zu den von ihm für den Dienstberechtigten vorzunehmenden Leistungen im Sinne des § 618. (Daher kann der Arzt, der zwecks ärztlicher Behandlung durch das Fuhrwerk des Patienten abgeholt wird und durch Schuld des Kutschers hierbei einen Unfall erleidet, seinen Schadensersatzanspruch nicht auf § 618 stützen. Vielmehr liegt hinsichtlich der Fahrt ein besonderer Vertrag vor, durch welchen der Dienstberechtigte außer der aus dem Dienstvertrage ihm erwachsenden Verpflichtung als Nebenleistung die Verpflichtung übernahm, den Transport des Arztes zu beschaffen. Auf Grund dieses Vertrags haftet er gemäß § 278 für den Kutscher.) S. aaO. § 278 Ziff. 4 g zu γ.

5. Einzelfälle. S. JDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 3. **a)** **RG.** JW. **06** 460. Der Dienstberechtigte ist verpflichtet, den zum Schlafraum des Dienstverpflichteten führenden Zugangsweg, dessen Benutzung ihm angewiesen ist, instand zu halten, insbesondere ein denselben gefährdendes Aufzugsloch zu verdecken. **b)** ElsLothJZ. **06** 9 ff. (Colmar). Ein Unternehmer, der infolge eines mit der Strafanstaltsverwaltung geschlossenen Vertrags Gefangene an einer von ihm in der Anstalt aufgestellten Fräsmaschine beschäftigt, haftet für den diesem durch solche Verletzungen entstandenen Schaden, die ihnen infolge Unzulänglichkeit der an der Maschine angebrachten Schutzvorrichtungen zugefügt worden sind. **c)** OLG. **12** 75 (Kassel) s. bereits JDR. **4** Ziff. 2.

6. Verjährung. R. **06** 49 (Zweibrücken). Der Anspruch des Arbeiters aus § 618 untersteht der gewöhnlichen 30jährigen, nicht der 3jährigen Verjährung.

§ 620. 1. Jörg, Stehen dem Arbeitgeber wegen plötzlicher Arbeitseinstellung Ansprüche auf Schadensersatz zu und wie sind sie zu verfolgen? BayRpflZ. **06** 336. Der im § 122 GewO. ausgesprochene Grundsatz, daß die Kündigung der freien Vereinbarung unterliegt, gilt für alle Arten von Arbeitern. In dieser Beziehung für den Akkordarbeiter eine Ausnahme zu machen (wie Godron, BayRpflZ. **06** 287 will), geht nicht an. Denn auch der Akkordvertrag ist, ebenso wie der Zeitlohnarbeitsvertrag, kein Werkvertrag, sondern Dienstvertrag.

2. BayRpflZ. **06** 253, R. **06** 374 (OLG. München und BayObLG.). Ein Vertragsverhältnis von nicht bestimmter Dauer (§§ 564, 723 BGB., 13 Bay. AGBGB. ebenso) bedeutet, daß die Dauer des Verhältnisses anders bestimmt werden kann, als durch Festsetzung einer nach dem Kalender angegebenen Zeit. (Z. B. soll bei einem Darlehns- und Bierbezugsvertrag (vgl. o. zu § 607 Ziff. 2b) die Verpflichtung zum Fortbezuge des Bieres und zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Darlehen ununterbrochen bestehen, solange der Vertrag dauert.)

§ 626. 1. Vertragsmäßige Vereinbarung wichtiger Gründe. OLG. 12 74 (KG.). Beim Abschluß eines Dienstvertrags, durch den sich ein Ingenieur zur Leistung höherer technischer Dienste verpflichtet, steht es den Parteien frei, innerhalb der Grenzen der guten Sitte an gewisse, von ihnen normierte Tatbestände, wie inkorrektes Verhalten, für einen Vertragsteil das Recht zur fristlosen Aufkündigung des Dienstverhältnisses zu knüpfen. In dieser Richtung wird ihre Vertragsfreiheit durch die die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung eines mit höheren technischen Dienstleistungen betrauten Angestellten bestimmenden §§ 133b, 133c GewO. (ebensowenig wie durch § 626 BGB.) nicht eingeschränkt. Desgleichen dürfen die Parteien den Oberingenieur zum unwiderruflichen Schieds-(oder Schätzungs-)mann über die Frage bestellen, ob ein inkorrektes Verhalten vorliegt. Diese Vertragsbestimmung verletzt die guten Sitten nicht.

2. Verträge auf Lebenszeit. **RG.** PrVerwBl. **27** 898. Kündigung aus wichtigem Grunde ist auch bei einem auf Lebenszeit abgeschlossenen Dienstvertrage nicht ausgeschlossen.

3. Rechts- oder Tatfrage? **a) RG.** JW. **06** 813. Die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, ist Tatfrage. (Entschieden zu § 70 HGB.) **b)** DJZ. **06** 1268 (Braunschweig). Die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist eine Rechtsfrage; denn dazu gehört auch die Frage, ob die festgestellten Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Rechtsbegriffs erfüllen.

4. Wann muß der wichtige Grund vorliegen? Zeitpunkt der Geltendmachung. S. a. JDR. **4** Ziff. 2. **a)** Entlassung vor Dienstantritt. R. **06** 50 (Stettin). Der Dienstberechtigte, der nach Abschluß des Dienstvertrages erfährt, in der Person des Dienstverpflichteten bestehe ein Grund, der ihn zur Ausfüllung der betreffenden Dienststelle unfähig mache, hat das Mittel der sofortigen Entlassung aus wichtigem Grunde (ebenso wie der Anfechtung wegen Irrtums) im voraus und vor dem Dienstantritt.

b) Kurze Überlegungsfrist. Voß, DJZ. **06** 535. Hinsichtlich der Frage, innerhalb welchen Zeitraums das Recht zur „sofortigen Entlassung" des Gesindes (§ 117 PrGesO. v. 8. 11. 1810) ausgeübt werden dürfe, ist einerseits zu erwägen, daß das Entlassungsrecht an eine möglichst kurze Frist gebunden sein soll. Es ist ein Schutz gegen zweckwidrige Fortsetzung des Gesindeverhältnisses, nicht eine disziplinarische Handhabe zur mittelbaren Erzwingung einer Sinnes- oder Sittenänderung. Andererseits muß die Herrschaft Zeit haben, den Entschluß zur Aufhebung des Verhältnisses in reifliche Überlegung zu nehmen. Für die Überlegung muß mindestens ein voller Kalendertag freibleiben. Eine längere Frist ist von der Herrschaft zu rechtfertigen.

c) Nachträgliche Entstehung des wichtigen Grundes. BayRpflZ. **06** 26 (LG. München I). Der Kündigungsgrund muß nicht schon zur Zeit der Kündigung vorgelegen haben, um berücksichtigt werden zu können. Eine Kündigung, die ohne außerordentlichen Grund erfolgte, erhält Berechtigung dadurch, daß nachträglich ein solcher Grund eintritt, z. B. ein beleidigende Äußerungen enthaltender Brief als Antwort auf die Kündigung. Freilich wirkt die Kündigung dann nur von dem Augenblicke an, als nachträglich der Grund eintrat, z. B. von dem Eintreffen des beleidigenden Briefes an.

d) Verwirkung. BadRpr. **06** 321 (Karlsruhe). S. a. o. zu § 615 Ziff. 3b. Wenn nach Erlaß des Urteils, welches die auf § 133c GewO. gestützte sofortige Entlassung des Angestellten für unberechtigt erklärt und den Dienstherrn zur Zahlung des rückständigen und des künftigen Lohnes bis zum ordnungsmäßigen Ablauf des Vertrags verurteilt hat, der Dienstherr sich auf den Boden dieses Urteils stellt, den fälligen Lohn zahlt und den unstreitig jetzt gesunden Angestellten zur Fortsetzung

der Arbeit auffordert, so berechtigt die Weigerung des Angestellten den Dienstherrn nunmehr zur Entlassung gemäß § 133c Ziff. 3 GewO. Das Recht des Angestellten, den Lohn zu fordern, ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein, dauerte nur so lange, als der durch die unberechtigte Entlassung entstandene Verzug des Dienstherrn dauerte (vgl § 615). Dieser Verzug hörte aber dadurch auf, daß der Dienstherr nach Erlaß des Urteils den Vertrag durch Zahlung erfüllte und dessen weitere Erfüllung verlangte. Wollte man aber eine Verpflichtung des Angestellten, dem unbedingt Folge zu leisten, verneinen, so handelt er doch gegen Treue und Glauben, wenn er die Weiterzahlung des Lohnes verlangt, obwohl er die begründete Aufforderung zur Weiterarbeit ohne zureichenden Grund unbeachtet ließ. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 342, **3** Ziff. 1. zu §§ 253/4.

5. Wichtige Gründe. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung S. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 3. **a)** KGBl. **06** 39 (KG.). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn nach Lage der Umstände dem einen Teile nicht zugemutet werden kann, wider seinen Willen das Vertragsverhältnis mit dem anderen fortzusetzen. — Angenommen in einem Falle, wo ein Angestellter der jüdischen Gemeinde, deren Zwecke auf Erhaltung und Förderung des Judentums gerichtet sind, in einem Aufsatz in einer für Juden verletzenden Weise das Judentum bespricht und zum Abfalle vom Judentum auffordert. Aus welchen Motiven der Verf. gehandelt hat und ob er etwa den Juden Gutes und ihnen Nützliches zu verkünden glaubte, ist ebenso wie die Frage nach seinem eigenen Bekenntnisse unerheblich. Auch wenn er nicht Jude wäre, dürfte er, solange er im Dienste der Gemeinde war, sich nicht öffentlich in direkten Gegensatz zu den Zielen derselben stellen und ihnen entgegenwirken. **b)** DJZ. **06** 1268 (Braunschweig). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn ein Umstand eingetreten ist, unter welchem dem Dienstverpflichteten die Fortsetzung des Dienstes nicht zugemutet werden kann. (Bejaht, weil der Dienstherr der Angeklagten keinen wirksamen Schutz gegen die schweren Ehrenkränkungen seitens eines mitbediensteten Knechtes hatte geben wollen oder können. Entschieden in einer Strafsache zu § 32 BraunschwGesindeO. v. 16. 8. 99.) **c)** **RG.** PrVerwBl. **27** 898. Ein wichtiger Grund ist darin zu erblicken, daß ein in städtischen Diensten stehender Privatbeamter — Verwalter eines Krankenhauses — die ihm angebotene provisorische Übernahme der Stelle des Sekretärs und eine ihm angetragene Subalternbeamtenstelle I. Klasse in der allgemeinen städtischen Verwaltung abgelehnt hat. Hierdurch hat er gegen die Verpflichtung zum Gehorsam im allgemeinen und gegen die ihm nach der Dienstordnung obliegenden besonderen Verpflichtungen verstoßen. Denn hiernach ist er verpflichtet gewesen, das bezeichnete Anerbieten, das den Erfordernissen der Dienstordnung entsprach, anzunehmen. **d)** OVG. **46** 410, OLG. **12** 268 Anm. 1. Als wichtiger Grund ist es anzusehen, wenn dem Instmann die für seinen und seiner Familie Unterhalt erforderlichen Lebensmittel, auf die er nach seinem Dienstvertrag Anspruch hat, von dem Dienstherrn vorenthalten werden. Wegen ungerechtfertigter Arbeitsverweigerung kann der Dienstherr Schadensersatz und Bestrafung auf Grund des G. v. 24. 4. 54 verlangen oder unter Umständen sofort kündigen; bleibt er aber bei dem Vertrage stehen, so ist er nicht berechtigt, den Dienstverpflichteten, wenn er mit Recht oder Unrecht zu einer Arbeit nicht verpflichtet zu sein glaubt und die Arbeit verweigert, durch Vorenthaltung der unentbehrlichen Lebensmittel, also durch Hunger, zu dieser Arbeit zu zwingen. Vgl. entsprechend § 140 PrGesindeO. **e)** OLG. **12** 76, R. **06** 297 (Dresden). Zwar kann an sich auch eine einmalige schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht die Entlassung rechtfertigen. Allein die einmalige berufliche Nachlässigkeit eines Kassenarztes, der im übrigen in seiner

etwa einjährigen überaus umfänglichen und anstrengenden Tätigkeit niemals zu Klagen Anlaß gegeben hat, kann nicht als Grund anerkannt werden, die das Vertrauen der Kasse zu ihm wesentlich zu erschüttern und seine Entlassung zu rechtfertigen vermag.

§ 627. 1. Ausschluß durch Parteivereinbarung. KGBl. **06** 19 (KG.). Die Vorschriften des § 627 können durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Solche stillschweigende Vereinbarung liegt stets bei Abschluß eines Mandatsvertrags mit einem Anwalte vor; denn selbstverständlicher Bestandteil jedes Mandatsvertrags ist die durch § 28 RAGebO. festgelegte Verpflichtung des Anwalts, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben. Daraus folgt, daß der Anwalt ein ihm übertragenes Mandat bis zur Erledigung durchführen muß und daß er deshalb gehalten ist, dem Mandanten jeden Schaden zu ersetzen, der diesem aus einer Kündigung ohne wichtigen Grund entsteht. Vgl. u. zu § 628 über das Verhältnis zu § 50 RAGebO.

2. *R. **06** 1134 (Frankfurt a. M.). Die Übertragung der Beitreibung von Forderungen, namentlich hoher Forderungen, ist als Inanspruchnahme von Diensten „höherer Art" anzusehen.

3. HessRspr. **7** 125 (LG. Gießen). (S. a. o. § 611 Ziff. 6d.) Die Dienste eines Bauleiters sind im Gegensatze zu den Arbeiten der Handwerker Dienste höherer Art im Sinne von § 627. Denn ihm liegt nicht allein die Kontrolle über das Fortschreiten und die ordnungsmäßige Ausführung der Bauarbeiten nach Maßgabe der vorliegenden Pläne ob, sondern er entwirft auch diese Pläne selbst, stellt die einzelnen Berechnungen auf und hat die technische Ausführbarkeit seiner Pläne zu verantworten. Die Übertragung einer Bauleitung ist eine Vertrauensfrage: der Bauherr erwartet, daß der Bauleiter die ordnungsmäßige, sorgfältige Herstellung des Baues überwacht und auch zu überwachen fähig ist. (Das AG. war zum entgegengesetzten Resultat gekommen auf Grund der Erwägung, daß bei den hier gemeinten Diensten höherer Art der Auswählende entscheidendes Gewicht auf die Persönlichkeit, auf das Maß gerade seiner besonderen Fertigkeiten und Fähigkeiten, die ihn von anderen unterscheiden, legt; es genügt ihm nicht, daß der Gewählte die erforderliche Vorbildung hat, daß er zur Ausübung seines Berufes oder Gewerbes sozusagen patentisiert ist.)

§ 628. KGBl. **06** 19 (KG.). Der hier statuierte Wegfall des Anspruchs auf Vergütung gilt nicht für das Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, da § 50 RAGebO. eine Sonderregelung trifft. S. o. zu § 627 Ziff. 1.

§ 629. 1. *B. Hilse, DachdeckerZ. **06** 645. Auf Gewährung einer freien Zeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung haben zwar auch die gewerblichen Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker Anspruch; allein nur so oft und solange der Dienstgeber ihnen solche bewilligt. Durch unerlaubtes Fernbleiben setzen sie sich der Gefahr der kündigungslosen Entlassung aus. Für die bewilligte Zeit dürfen ihnen Lohnabzüge nicht gemacht werden.

2. BadRpr. **06** 6 (LG. Konstanz). Der Handlungsgehilfe, auf den mangels einer Bestimmung im HGB. § 629 Anwendung findet, ist nicht berechtigt, ohne weiteres zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses fortzugehen. Vielmehr kann er erst dann eigenmächtig fortbleiben, wenn der Prinzipal seinem Verlangen nicht nachkommt. Von der Verpflichtung, erst dieses Verlangen zu äußern, wird er nicht durch die Tatsache befreit, daß er augenblicklich nicht im Geschäft des Prinzipals arbeitet, sondern krank zu Hause, also dienstunfähig ist. Wenn er trotzdem eigenmächtig fortbleibt, so hat er sich unbefugt aus dem Dienste entfernt. (Da er dies eine nach den Umständen erhebliche Zeitlang tat — viertägige Reise —, wurde der Prinzipal für berechtigt gehalten, ihm nach § 72 Nr. 2 HGB. zu kündigen.) — Der Herausgeber fügt hinzu: Wenn der Handlungs-

gehilfe in der Zeit seiner Reise tatsächlich wegen Krankeit dienstunfähig war, so bedurfte er doch wohl des Urlaubs nach § 629 nicht; denn in diesem Falle hätte er sich dem Dienste nicht durch das Aufsuchen einer Stelle entzogen, sondern er würde infolge seiner Krankheit sowieso für den Prinzipal nicht tätig gewesen sein. Dieser hätte also dann aus der Abwesenheit des Handlungsgehilfen keinen Anspruch auf Aufhebung des Dienstverhältnisses ableiten können.

§ 630. 1. Zeugnisrecht. Allgemeines. *Bendix führt aus: a) α. Im Dienstzeugnis dürfen keine Tatsachen und Urteile enthalten sein, welche sich nicht auf den Dienst beziehen (gegen das Urteil des LG. Dresden v. 29. 3. 97 bei Baum, Handbuch der Gewerbegerichte 175), insbesondere also nicht solche, welche ein Bild der Persönlichkeit (z. B. ihrer politischen Gesinnung) geben sollen, wie das bei der nicht gerechtfertigten Wiedergabe von Vorgängen, die zur Entlassung führen, häufiger der Fall ist. — Leistungen im Dienst = Befähigung zur Erfüllung der geforderten Dienste (potentielle Energie) und Geeignetheit oder Ungeeignetheit. Wert oder Unwert der gesamten geleisteten Dienste (kinetische Energie), Führung im Dienste = die Form der Betätigung (schnell, langsam) und persönliche Eigenschaften, welche auf den Arbeitseffekt einwirken. β. Die nicht ordnungsmäßige Ausstellung eines Zeugnisses steht der Nichtleistung oder doch der unberechtigten Teilleistung gleich und setzt den Dienstberechtigten in Verzug. Die Ansprüche auf Berichtigung des Zeugnisses und auf Schadensersatz wegen Unrichtigkeit haben ein Verschulden des Zeugnisausstellers nicht zur Voraussetzung, sie gründen sich allein auf die objektiven Mängel der Leistung und auf den Verzug des Dienstberechtigten. γ. Die Ausstellung eines objektiv richtigen Zeugnisses kann in der Urteilsformel mit prozessual erzwingbarer Wirkung nicht wörtlich vorgeschrieben werden soweit das Zeugnis Urteile enthält. § 888 Abs. 1 ZPO. ist unanwendbar (gegen die herrschende Ansicht). Die Verurteilung kann nur dahin gehen, daß der Dienstberechtigte ein Zeugnis über Leistungen und Führung im Dienste ausstelle und hierbei die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts zugrunde lege, oder daß er bestimmte Tatsachen weglasse oder andere aufnehme, niemals aber, daß er folgendes Zeugnis . . . ausstelle. Die Urteilsfähigkeit des Richters darf in der Urteilsformel nicht an die Stelle der Urteilsfähigkeit des Zeugnisausstellers treten. Weicht die immer zu wahrende Überzeugung des letzteren von der des ersteren ab, so bleibt nur ein Anspruch auf Schadensersatz. Eine Verurteilung zur Abgabe eines der Überzeugung des Gerichts entsprechenden Zeugnisses ist unzulässig, soweit darin Urteile enthalten sind. ➳ Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Auch wenn der Dienstherr verurteilt wird, die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts zugrunde zu legen, wird auf seine Überzeugung eingewirkt. Höher als die „Überzeugung" des Dienstherrn steht die objektive Richtigkeit der Tatsachen. Das Zeugnis soll dem Dienstverpflichteten dienen, nicht dem Prinzipal. Die Ansicht von Bendix ist im höchsten Maße unpraktisch, auch unsozial; sie führt zur Vervielfältigung der Prozesse; der sich anknüpfende und dem meist nicht bemittelten Gehilfen aufgenötigte Schadensersatzprozeß ist denkbar unangenehm und aussichtslos; auch ist unverständlich, worin nach Ansicht des Verfassers das Delikt des Prinzipals liegen soll, wenn er seine Überzeugung immer noch walten lassen darf. Insoweit ist die Ansicht auch widerspruchsvoll. Red. ⬸ δ. Für die Richtigkeit des Zeugnisinhalts spricht der Rechtssatz, daß der, welcher eine Erklärung abgibt, nicht deren Wahrheit, sondern der, welcher ihren Inhalt ansicht, ihre Unrichtigkeit beweisen muß. Bei Inanspruchnahme wegen Schadensersatzes steht dem Zeugnisaussteller der Nachweis offen, daß ihn kein Verschulden trifft (§ 285 BGB.) b) Fälligkeit des Anspruchs. Das Zeugnis muß bei Beendigung des Dienstverhältnisses, d. h.

von der Kündigung ab, ausgestellt werden, nicht erst wird die Verpflichtung zur Ausstellung mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist fällig. α. § 273 BGB. kann nicht für die gegenteilige Ansicht herangezogen werden, weil er gerade die Fälligkeit des Anspruchs auf Zeugnisausstellung mit der Kündigung voraussetzt. β. Der Ausdruck „Beendigung" ist doppeldeutig. Man versteht darunter auch die Entwickelung eines Vorganges zu seinem Ende hin, nicht bloß dieses selbst. Bei Beendigung = beim Eintritt der beiden Gründe, welche die Beendigung herbeiführen (§ 620 BGB.), das sind Ablauf der Zeit und Kündigung. § 629 BGB. verlöre seine praktische Bedeutung, wenn der, welcher während der Vertragszeit einen neuen Dienst suchen darf, dies ohne eine Zeugnis über den letzten Dienst tun müßte. c) Nachträge und Zusätze. α. Der Anspruch des Dienstberechtigten auf Wahrung seiner persönlichen Überzeugung durch richtige Ausstellung des Dienstzeugnisses wird durch den Ablauf der Vertragszeit unwirksam. Dieser Anspruch ist immer abhängig von der Geltendmachung des gegnerischen Anspruchs. (S. darüber u. Ziff. 2.) β. Die Zustellung der ohne oder gar gegen den Willen des Dienstverpflichteten ausgestellten Nachträge oder Zusätze würde diesem Leistungen aufdrängen wollen, die er als Gläubiger nicht anzunehmen braucht.

2. Nachträgliches Zeugnis. Zeitliche Begrenzung. S. IDR. 3 Ziff. 2, 3aα, **4** Ziff. 1 u. o. zu Ziff. 1cα. BadRpr. **06** 290 (AG. u. LG. Waldshut). Der Anspruch auf Zeugniserteilung und Berechtigung kann auch nach dem Austritt des Gehilfen erhoben werden. Das Zeugnis muß wahr sein. Eine falsche Beurkundung, auch vom subjektiven Standpunkte des Geschäftsherrn aus gesehen, wird vor allem bei Feststellungen über Ehrlichkeit und im Verhalten des Gehilfen motivierte Entlassung vielfach unschwer festzustellen sein. Ist im Zeugnis das Verhalten als Entlassungsursache bezeichnet, so muß der Prinzipal auch in der Rolle des Beklagten das Vorliegen des „wichtigen Grundes" beweisen. Dies bedingt auch eine zeitliche Beschränkung des Anspruchs auf Zeugnisänderung, die dem Prinzipal nicht unter allen Umständen noch nach langen Jahren zugemutet werden kann. Die Zeitgrenze ist jeweilig nach § 242 zu bestimmen. Ein verspätetes Begehren kann der Prinzipal zurückweisen, wenn solange Zeit verstrich, daß er sich an die Sachlage nicht mehr genügend zu erinnern vermag. (Deshalb wurde ein vier Jahre nach Entlassung erhobener Berichtigungsanspruch bezüglich seines Benehmens als verspätet zurückgewiesen: nach Treu und Glauben sei dem Bekl. ein Nachweis genügender Entlassungsursache nach so langer Zeit nicht mehr zuzumuten.) — Anders was das Zeugnis über seine Ehrlichkeit anbelangt: in diesem Punkte ist der Prinzipal verurteilt, folgenden Satz zu bescheinigen: „Während seiner Beschäftigung hat er sich stets ehrlich gezeigt" (entsch. zu § 73 HGB.).

3. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. Nachprüfung durch das Prozeßgericht. Form und Inhalt. S. IDR. **2** Ziff. 4, 6, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2. **a**) Ausschluß außerdienstlichen Verhaltens. OLG. **13** 423 (Dresden). Da das Zeugnis nach dem Gesetz bloß Aufschluß über Tatsachen geben soll, die die Leistungen und die Führung im Dienste betreffen, so hat es auch nur Aufschluß zu geben über Entlassungsgründe, die auf dienstlichem Gebiete liegen. Außerdienstliche, besonders das Privatleben betreffende Umstände und Ereignisse gehören, auch wenn sie die Entlassung rechtfertigen, schlechterdings nicht in das Dienstzeugnis. (Deshalb hat der Rechtsanwalt in dem Zeugnisse seines früheren Expedienten den Passus über dessen Verhalten gegenüber dem X. auszuscheiden, auch darf er die Worte, die sich auf die Führung im Dienste beziehen, nicht durch Unterstreichung hervorheben, weil darin eine Beurteilung des außerdienstlichen Verhaltens mittelbar enthalten sein würde. Dagegen kommt

in den Worten „daß die Leistungen des Klägers zu irgendwelchem Tadel keinen Anlaß gegeben haben" die Zufriedenheit mit den Leistungen genügend zum Ausdruck; die Worte „tüchtig und zuverlässig" hat der Kläger nicht zu beanspruchen.) **b)** Lobende Ausdrücke. Angabe des Grundes der Auflösung. SchlHolstAnz. **06** 342 (Kiel). Ein Zeugnis, das sich über die Leistungen und Führung des Dienstverpflichteten dahin ausspricht, daß gegen sie nichts einzuwenden gewesen sei, muß als ausreichend angesehen werden, selbst wenn die Leistungen und die Führung über das Durchschnittsmaß hinaus gute gewesen sind. Denn besonders lobende, rühmende Ausdrücke kann der Dienstverpflichtete nicht verlangen. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß das ihm von dem Dienstherrn früher erteilte Zeugnis sich in den gleichen lobenden Ausdrücken bewegt, wie es auch jetzt der Dienstverpflichtete in einem dem Dienstherrn vorgelegten Zeugnisentwurf verlangt, und daß damit allerdings das nunmehr erteilte neue Zeugnis in unverkennbarem Gegensatz steht. Dieser Umstand wäre nur dann von Erheblichkeit, wenn das zweite Zeugnis der wirklichen Überzeugung des Dienstberechtigten nicht entsprechen und dieser darauf ausgegangen sein würde, durch Hervorhebung des Gegensatzes den Dienstverpflichteten zu schädigen. Auch darin, daß der Grund der Auflösung des Dienstverhältnisses angegeben ist, kann nichts Unzulässiges erblickt werden, wenn er wahrheitsgemäß angegeben ist. **c)** Überschrift. Zeugnis. GewKfmG. **11** 330 (GG. Mannheim). Der Dienstverpflichtete, welcher dem Dienstberechtigten den Dienst gekündigt hat, kann verlangen, daß das Zeugnis statt der Überschrift „Entlassungsschein" die Überschrift „Zeugnis" trägt. Denn die Überschrift „Entlassungsschein" kann leicht den unrichtigen Eindruck hervorrufen, als sei er von dem Dienstberechtigten kündigungslos entlassen oder als sei ihm gekündigt worden. Dagegen ist der Dienstberechtigte nicht verpflichtet, in dem Zeugnis anzugeben, ob durch ihn oder durch den anderen Teil das Dienstverhältnis gelöst worden ist. (Vgl. ebenso GewO. § 113). **d)** Vorbehalt im Zeugnis. SächsRpflA. **06** 269 (Dresden). Der in einem Begleitbrief bei Übersendung eines Zeugnisses gemachte Vorbehalt, daß dieses Zeugnis, soweit es sich auf die Leistungen und die Führung des Dienstverpflichteten beziehe, etwas tatsächlich Unrichtiges enthalte, hindert diesen am Gebrauch des Zeugnisses. Es kann ihm nicht zugemutet werden, bei Anstellungsversuchen ein Zeugnis vorzulegen, das von der Ausstellerin sofort bei der Erteilung inhaltlich widerrufen worden ist. Er würde sich dadurch der Gefahr aussetzen, der Mitschuld an einem Schädenansprüche begründenden Vorgehen der Zeugnisausstellerin geziehen zu werden. Gegen diese Benachteiligung seiner Rechtslage kann er sich nur durch urteilsmäßige Feststellung in der Richtung, ob der Vorbehalt gerechtfertigt sei, schützen. **e)** Bezeichnung als „Architekt" oder Bautechniker. α. OLG. **13** 422, DJZ. **06** 969 (KG.) Wer nur eine unselbständige Stellung in einem bautechnischen Bureau eingenommen und akademische Bildung nicht genossen hat, hat keinen Anspruch auf die Bezeichnung „Architekt" im Zeugnis, vielmehr ist er als „Bautechniker" (vgl. § 133a GewO.) zu bezeichnen. Daß der Betreffende auch die wissenschaftliche Seite der Baukunde beherrscht, indem er sich dieses höhere Wissen durch Selbststudium angeeignet hat, ist nicht entscheidend, ebensowenig der Umstand, daß in der Bekanntmachung ein „Architekt" verlangt worden ist. β. Boethke, DJZ. **06** 1366, führt in Ergänzung der Entsch. des KG. (OLG. **13** 422, DJZ. **06** 969) aus, daß Architekt derjenige ist, der in selbständiger Tätigkeit und in einer vom Geiste der Kunst erfüllten Weise Hochbauten entwirft, je nach Lage der Sache auch die Ausführung leitet und überwacht. Unerheblich ist es, welche Ausbildung der Architekt genossen hat. Dagegen ist der Begriff „Kunst" von dem eigentlichen Begriffe der Architektur untrennbar (OVG. **35** 365).

4. Anspruch auf Herausgabe eines Kundenzeugnisses. GewKfmG. **11** 329 (GG. Leipzig). Ein Zeugnis, welches ein Kunde dem bei ihm für dessen Arbeitgeberin tätigen Angestellten über seine Leistungen auf dessen Verlangen erteilt, geht gemäß den Grundsätzen über den Eigentumserwerb in das Eigentum des Angestellten, nicht der Arbeitgeberin über. Der gegen die Arbeitgeberin auf Herausgabe der Bescheinigung gerichtete Anspruch ist ein Anspruch aus dem Dienstvertrag. Es ist mangels eines Verbots durchaus zulässig, daß der Angestellte während der Dauer seines Anstellungsverhältnisses sich von einer dritten Firma, bei der er für die Arbeitgeberin tätig war, eine solche Bescheinigung geben läßt. Denn er hat ein berechtigtes Interesse, sich der Arbeitgeberin gegenüber für die gute Ausführung seiner Dienste auszuweisen. Die Behauptung der Arbeitgeberin, daß der Inhalt der Bescheinigung der Wahrheit nicht entspreche, daß die Leistungen vielmehr hinter der bekundeten Anerkennung zurückblieben, und weiter, daß erfahrungsgemäß von solchen Bescheinigungen Dritten gegenüber zum Nachteil der Arbeitgeberin Gebrauch gemacht würde, ist für den Herausgabeanspruch belanglos.

5. Anwendung auf das Beamtenverhältnis. **a)** *Bendix, Pr. VerwBl. **27** 937. Der Anspruch eines Kommunalbeamten auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses ist ein mittelbares Vermögensrecht. Daher ist nach § 7 Pr. KommBG., welcher sich nur auf unmittelbare Vermögensrechte bezieht, der Rechtsweg unzulässig. Event.: Der § 7 aaO. setzt eine Zweiteilung der Beamtenrechte in öffentlich-rechtliche und unmittelbar vermögensrechtliche voraus; der obige mittelbar vermögensrechtliche Anspruch fällt überhaupt nicht unter § 7. Für ihn gilt daher Reichsrecht und ist nach § 13 GVG. der Rechtsweg zugelassen. (Vgl. DJZ. **06** 970, Urt. d. KG. v. 19. 5. 06.) **b)** DJZ. **06** 659 (PrGH. z. Entsch. d. Kompetenzkonfl.). Auf das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis des Beamten findet § 630 keine Anwendung.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung (zum 7. Titel): Die Literatur tritt so gut wie vollständig zurück. Die Rechtsprechung beherrscht mit einer Fülle wichtiger Entscheidungen das Gebiet, die den breitesten Raum naturgemäß wieder bei den allgemeinen und typischen Fragen des § 631 und den begrifflichen „Bauwerks“- und Verjährungsfragen der §§ 638, 648 beanspruchen. Neu- und eigenartiger ist der zu §§ 633 ff. Ziff. 1 gebrachte, von **RG.** JW. **06** 111 behandelte Tatbestand, wo die Haftung des Unternehmers während der Herstellung des Werkes unter gewissen Voraussetzungen festgestellt wird. Die praktisch höchst bedeutsame Frage, in welcher Weise die Mangelhaftigkeit des Werkes geltend gemacht werden kann, wenn die Voraussetzungen für die Wandelung oder Minderung fehlen, wird zu § 634 Ziff. 1 vom RG. im Anschluß an **RG.** 58 153 von neuem erörtert. Als grundlegend schließlich hervorgehoben sei noch die RG.-Judikatur — zu § 638 Ziff. 1 —, in welcher die Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen neben derjenigen aus § 638 für Schädenansprüche gewährt wird, die nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit der Mangelhaftigkeit des Werkes stehen.

§ 631. 1. Unterlassungspflicht. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 147. Dem Unternehmer wie dem Besteller des Werkes sind manchmal auch Unterlassungspflichten auferlegt, z. B. ein Schauspieler hat sich dem Theaterunternehmer gegenüber verpflichtet, an keiner anderen Bühne aufzutreten, die Kunden einer Auskunftsanstalt haben die Verpflichtung übernommen, die erhaltenen Auskünfte geheim zu halten. Bei hartnäckiger Verletzung einer solchen Verpflichtung kann der andere Teil auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhange zum 6. Abschn. des Allg. Teiles, hinter § 231.)

2. Berechnung der Vergütung nach den einzelnen Leistungen. S. JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 2. OLG. **12** 245 (Naumburg). Die Vergütung wird

nicht für die einzelnen Bestandteile des Werkes gefordert und geschuldet, sondern für das Werk als Ganzes, sie wird nur nach den Bestandteilen berechnet. Bestandteile sind sowohl die einzelnen Posten der Baurechnung, wie die nachträglich auf besondere Bestellung während des Baues ausgeführten Arbeiten. Denn diese während des Baues getroffene Abrede ist kein neuer selbständiger Vertrag, sondern nur eine Ergänzung des alten Werkvertrags, z. B. des Bauvertrags. Dies gilt zweifellos, wenn es sich um geringfügige Änderungen des durch Kostenanschlag und Bauzeichnung festgelegten Bauprojekts handelt. Anders ist es jedoch bei so weitgehenden Abweichungen, daß der Gegenstand des Vertrags ein anderer als der projektierte war.

3. Leistung Zug um Zug. OLG. **12** 80, R. **06** 297 (KG.). Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, für den § 320 gilt. Eine Vorleistungspflicht des Werkmeisters besteht nicht. Die Abtretung des Anspruchs auf Bezahlung ist ohne Einfluß; es ist gleichgültig, ob die Gegenleistung an den Gegner oder an einen Dritten zu erfolgen hat.

4. Einheitlicher Werkvertrag trotz allmählicher Entwickelung und Erweiterung des Vertragsverhältnisses. OLG. **13** 424 (Karlsruhe). Trotzdem der Vertrag nicht auf die Errichtung einer ganzen Mühlenanlage nach einem von vornherein aufgestellten Plane und Überschlag gerichtet ist, vielmehr aus dem mit einem Einzelauftrage zur Lieferung einer Radwelle beginnenden, auf die Lieferung weiterer Bestandteile ausgedehnten Auftrage sich das Vertragsverhältnis dahin erweitert hat, daß die Klägerin mit Bezug auf die im Zusammenhange stehenden Lieferungsaufträge zugleich die Montierung der Bestandteile übernommen hat, liegt ein einheitlicher Werkvertrag vor. Vgl. u. § 645 zu b.

5. Erfüllungsort. PosMschr. **05** 148, R. **06** 50 (Marienwerder). Aus dem Umstande, daß im Werkvertrag ein bestimmter Erfüllungsort für beide Teile vereinbart worden ist, folgt nicht, daß die Parteien beabsichtigt hätten, den gleichen Erfüllungsort auch für diejenigen Verpflichtungen festzusetzen, die sich aus einem von einem Teile verschuldeten Rücktritte des anderen Teiles vom Vertrag ergeben. Vgl. § 29 ZPO.

6. **a**) Verjährung. OLG. **13** 333 (Rostock). Der Anspruch aus dem Werkvertrag auf Zahlung der vereinbarten Vergütung unterliegt auch dann der Verjährungsfrist des § 196, wenn er unter Abzug der Ersparungen geltend gemacht wird. Denn es fehlt an jedem inneren Grunde für die Annahme, daß das Gesetz den Anspruch auf die Vergütung rücksichtlich der Verjährung verschieden behandeln will, je nachdem die Leistung geschehen oder deren Annahme verweigert ist, also die Geltendmachung desselben Anspruchs aus demselben Rechtsverhältnisse nur in verschiedener Höhe in Frage steht. **b**) OLG. **13** 333 (Hamburg). Die Verjährungsfrist des § 196 ist auch bei Ansprüchen aus Werkverdingungen anzuwenden.

7. Werk- oder Mäklervertrag? OLG. **13** 392, BraunschwZ. **06** 165/7 (Braunschweig). Die Vereinbarung, durch welche jemand gegen Entgelt bevollmächtigt wird, für Rechnung des anderen dessen Grundstück zu verkaufen und alle damit zusammenhängenden Geschäfte zu führen, ist kein Werkvertrag, da der Bevollmächtigte sich nicht zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet hat, andererseits aus der Art der Provisionsfestsetzung hervorgeht, daß sie nicht unbedingt, sondern nur für den Fall des Verkaufs aller oder einiger Grundstücke gezahlt werden sollte. Vielmehr liegt ein Mäklervertrag vor. Vgl. u. zu § 652 Ziff. 10c.

8. Werkvertrag oder Gesellschaft? SeuffA. **61** 186, BraunschwZ. **06** 80, R. **06** 1078 (Braunschweig). Ein Vertrag, durch den sich Kläger gegen festes Gehalt und — in zwei bestimmten Fällen — auch gegen Beteiligung am

Gewinn auf vorgesehene Zeit verpflichtet hat, „seine chemischen Arbeiten" der beklagten Fabrik zu überlassen, begründet unter den Parteien kein Gesellschaftsverhältnis. Es handelt sich nicht um die Verbindung der Parteien zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, sondern die Leistungen des Klägers erfolgen im einseitigen Interesse des Beklagten, und Kläger hat nur den ausbedungenen Entgelt zu fordern. Daß die Höhe dieses Entgelts festzustellen ist nach der Größe des wirtschaftlichen Erfolges, den die Leistung des Klägers für die Beklagte hat, macht den Werkvertrag nicht zu einem anderen Rechtsgeschäfte, sondern verleiht ihm nur einen besonderen, von Crome treffend als „partiarisches Rechtsgeschäft" bezeichneten Charakter. Ob dem Kläger hieraus Anspruch auf Rechnungslegung gemäß § 713 oder nur auf Auskunft in gewissem Umfange zusteht, läßt das OLG. dahingestellt. S. a. u. zu § 705 Ziff. 2d.

9. Verlags- oder Werkvertrag? OLG. **12** 271, R. **06** 617 (Dresden). Der Unterschied zwischen Verlags- und Werkvertrag ist darin zu suchen, ob sich ein Schriftwerk als eigenes literarisches Erzeugnis des Verf. oder nur als die unselbständige Ausführung fremder Ideen, z. B. als die Ausarbeitung eines vom Verleger aufgestellten Planes nach genauer Vorschrift des Inhalts und der Art und Weise der Behandlung darstellt. (Vgl. § 47[1] VerlG. v. 19. 7. 01. Vgl. über die Pflicht des Verlegers zur Rechnungslegung § 259.)

10. Gleichzeitige Verpflichtung zur Ratserteilung bei Lieferungen. S. JDR. **2** Ziff. 5 c δ, **4** Ziff. 5. **RG.** SeuffBl. **06** 40. Die Ratserteilung (Empfehlung, Auskunft), welche nicht Gegenstand eines selbständigen Vertrags ist, sondern, an sich unverbindlich, erst durch die Unterordnung unter ein prinzipales Rechtsverhältnis (z. B. Kauf) zu einer rechtsverpflichtenden Handlung wird, ist als integrierender Teil des ein zusammenhängendes Ganzes bildenden Geschäfts zu behandeln. Die rechtliche Beurteilung des in diesem Zusammenhang erteilten Rates ꝛc. hat dann auch im Anschluß an das Hauptgeschäft und nach dessen Regeln zu erfolgen. Es ist eine unselbständige Nebenleistung des Verkäufers, die nur von dessen Verpflichtung aus dem Hauptgeschäfte getragen und charakterisiert wird. Ob auf Rat, Empfehlung, Auskunfterteilung dann, wenn sie den selbständigen Inhalt eines verpflichtenden Vertragsverhältnisses bilden, die Kategorie des Werkvertrags oder des Dienstvertrags anzuwenden sei, wird nicht entschieden.

11. Pflicht des Bestellers bei Kenntnis eines Mangels der Bestellung. BadRpr. **06** 20 (Karlsruhe). Der Besteller, welcher wußte, daß alle vom Unternehmer angefertigten und anzufertigenden Umbaupläne an einem wegen der örtlichen Verhältnisse des Grundstücks nicht zu beseitigenden Mangel krankten und sie trotzdem unterschrieb, der Baupolizei vorlegte und damit genehmigte, kann nicht nachträglich wegen dieses Mangels dem Unternehmer die Bezahlung der Vergütung verweigern, und zwar um so weniger, als er auf jede neue Vorlage immer wieder einen Bescheid der Baupolizei erhielt, der den Mangel rügte und deshalb die Genehmigung versagte.

12. Irrtum bei der Kalkulation. SächsRpflA. **06** 301 (Dresden). Versehen des Unternehmers bei der seiner Preisofferte vorausgegangenen Preiskalkulation ist nicht Irrtum über den Inhalt der Offerte, sondern unbeachtlicher Irrtum im Motive (vgl. o. § 119 zu II 11). Der Vorteil, den der Besteller durch die falsche (zu billige) Kalkulation erlangt, stellt auf seiner Seite keine ungerechtfertigte Bereicherung dar, da Leistung und Gegenleistung auf dem Vertrage beruhen.

13. Partieller Streik und Aussperrung als Befreiungsgrund. **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 121. Es war vereinbart worden, daß der Bauunternehmer für die Überschreitung der für die Ablieferung der Zimmerarbeiten festgesetzten

Termin nicht verantwortlich gemacht werden sollte, wenn die Überschreitung auf irgendwelchen Gründen beruhe, welche nicht in seiner Schuld lägen, also etwa auf Witterungseinflüssen, Streiks usw. Die Vertragsauslegung ergibt, daß der Übernehmer auch dann befreit sein sollte, wenn er nach Ausbruch eines partiellen, ihn nicht berührenden Streiks, einem die Aussperrung sämtlicher Arbeiter verfügenden Innungsbeschlusse folgend, seinerseits seine Arbeiter aussperrt.

14. Einzelne Vertragstatbestände. S. IDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 7, **4** Ziff. 1—8. **a**) Personenbeförderung. S. IDR. **2** Ziff. 5a, **4** Ziff. 2. α. **RG.** SeuffBl. **06** 119. Gegenstand des Werkvertrags kann auch ein immaterieller Erfolg, z. B. Personenbeförderung, sein. Wird nur ein mangelhafter Erfolg herbeigeführt, so leidet das Werk, nämlich der herbeigeführte Erfolg, an einem Mangel. (Ob das Berufungsgericht mit Recht als Inhalt des zwischen Passagier und Eisenbahnfiskus abgeschlossenen Werkvertrags die Verpflichtung des letzteren angenommen hat, den Passagier ordnungsmäßig ohne Verletzung seiner Person zu befördern — nicht im Sinne einer Garantie, sondern in dem Sinne, daß er durch die Art und Weise der Beförderung nicht verletzt werde — und ob es weiter mit Recht darin, daß der Fahrgast infolge der Betriebstätigkeit verletzt worden ist, eine Verletzung der Vertragspflicht gefunden hat, hat RG. wegen der Irrevisibilität des sächsischen Rechtes nicht nachgeprüft.) Über die Verjährung der wegen dieses Mangels dem Fahrgast zustehenden Ansprüche vgl. § 638 Ziff. 3. β. **RG.** JW. **06** 463, R. **06** 1134. Die üblichen Verträge, welche die Fremden mit Esel- oder Ponyeigentümern schließen, um spazieren zu reiten (im vorliegenden Falle Reitesel von Eisenach auf die Wartburg) sind nicht als Vermietung der Tiere, sondern als Transport-, also Werkverträge aufzufassen. Dies nimmt das RG. besonders deshalb an, weil der beklagte Eseleigentümer zur Leitung und Sicherung der Beförderung des Klägers diesem seine Tochter als Eseltreiberin mitgegeben hatte, während es mehr für den Abschluß eines Mietvertrages gesprochen hätte, wenn er den Esel dem Kläger zum selbständigen, unkontrollierten Gebrauch zum Zwecke der Erreichung der Wartburg überlassen hätte. γ. SächsRpflA. **06** 433, R. **06** 1259 (Dresden). Mit dem Werkvertrag kann eine Vereinbarung über die zur Herbeiführung der Vertragsleistung zu verwendenden Hilfsmittel verbunden sein; für seine Begriffsbestimmung ist es gleichgültig, in welcher Weise die Gegenleistung gewährt werden soll. (Daher ist der Vertrag über die Beförderung eines Reisenden mit einem Automobil unter Leitung des Eigentümers gegen eine für jeden Tag berechnete Gegenleistung Werkvertrag, nicht Mietvertrag. Denn der Reisende hat sich nicht ein Gebrauchsrecht am Automobil, sondern eine Reise im Automobil mit einem bestimmten Reiseziel als Vertragsleistung ausbedungen. Tatsächlich schloß diese Vertragsleistung die Benutzung des Automobils in sich, aber nicht in der Hand des Reisenden auf Grund eines ihm daran eingeräumten Nutzungsrechts, sondern in der Hand des anderen Teiles, dem es als Werkzeug zur Erreichung seiner Leistung diente.

b) Schleppvertrag. S. IDR. **2** Ziff. 5d, **4** Ziff. 3. **RG. 62** 210. Wenn auch der Schleppvertrag kein Frachtvertrag, vielmehr als Werkverdingung zu charakterisieren ist, wenn demgemäß dem Führer des Schleppdampfers nicht neben der Beförderung die Bewachung des geschleppten Kahnes und dessen Güter obliegt, so haftet der Schlepper, der es übernommen hat, die von ihm geführten Kähne unverletzt nach dem bestimmten Ziele zu bringen, doch für Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt, um dieses Ziel mit den Kähnen zu erreichen. Diese Verpflichtung dauert an, solange das Ziel nicht erreicht ist. Bis dahin darf der Schlepper den Kahn, auch wenn diesen ein Unfall trifft, nicht einfach seinem Schicksal überlassen, sondern hat, soweit möglich, Hilfe zu leisten, wenn auch gegen besonderen Lohn. (Vgl. über die ebenso urteilende englische und amerika-

nische Praxis: **Marsden**, Collisions at sea (5) 185, 188.) Vgl. im übrigen unten §§ 638 Ziff. 5, 646.

c) Vertrag mit Bauunternehmer. S. JDR. **3** Ziff. 7 bβ. OLG. **13** 332, SeuffA. **61** 350 (Cassel). Einem Bauunternahmevertrag wird der Charakter als Werkvertrag nicht dadurch genommen, daß durch eine nachträgliche Vereinbarung die Leistung einzelner Arbeiten seitens des Unternehmers ausgeschlossen wird, wenn dieser trotz der nachträglichen Vereinbarung neben den Arbeiten des eigenen Handwerks noch immer eine ganze Reihe von Arbeiten anderer Handwerke zu leisten hat. So wenn er, wie im vorliegenden Falle, vor allem die Erdarbeiten, die Dachdecker-, die Weißbinder- und insbesondere die Maurerarbeiten zu leisten hatte, so daß gegenüber seiner Arbeit als Zimmermann die Arbeiten der durch ihn gedungenen Handwerker anderer Handwerke keineswegs in den Hintergrund traten. Die Forderung des Unternehmers unterliegt daher nicht der zweijährigen Verjährung. Vgl. o. § 196 zu II Ziff. 1.

d) Vertrag zwischen Bauherr und Zimmermeister. GewKfmG. **11** 286 (GG. Rixdorf). Der Vertrag zwischen Bauherrn und Zimmermeister, durch den dieser die Fertigstellung der bereits begonnenen Zimmerarbeiten mit der Maßgabe übernimmt, daß ihm bis auf weiteres für jeden Zimmermann und jede Arbeitsstunde 85 Pf. und daneben noch ein sog. Wochenlohn von 50 M. gezahlt werde, ist ein Werkvertrag. Aus der Art der vereinbarten Vergütung braucht nicht auf ein Dienstverhältnis geschlossen zu werden. Denn die Vergütung braucht auch beim Werkvertrage nicht als Pauschalsumme fixiert zu sein. Arbeitgeber für die Arbeiter ist der Zimmermeister, nicht der Bauherr.

e) Beschälvertrag. α. PucheltsZ. **06** 617, BadRpr. **06** 193, DJZ. **06** 1379, R. **06** 1259 (Karlsruhe). Der zwecks Deckung der Stute des Klägers gegen Entgelt zustande gekommene Vertrag („Beschälvertrag") ist nicht Dienst-, sondern Werkvertrag; denn sein Gegenstand sind nicht Dienste des Beklagten, sondern die Produkte der Tätigkeit, der Erfolg: nämlich die Deckung der Stute. (Mietvertrag liegt nicht vor, weil eine Überlassung des Hengstes an den Kläger zur Benutzung nicht stattfindet.) Als Unternehmer würde Beklagter seine Vertragspflichten schuldhaft verletzen, wenn er z. B. als Besitzer mehrerer Deckhengste verschiedener Art gerade den ungeeignetsten Hengst zur Deckung der Stute ausersehen hätte. Liegt ein solches Verschulden nicht vor, so greift § 644 Abs. 1 Satz 3 ein. (Vgl. u. § 644 Ziff. 2a). β. Dagegen **Dietz**, BadRpr. **06** 272, von dem prinzipiellen Standpunkte aus, daß es nicht richtig ist, die vielseitigen Verträge des täglichen Lebens unter irgendein Schema der „benannten" Verträge bringen zu wollen.

f) Vertrag mit dem Hafenamt bezüglich des „Krahnens". OLG. **12** 60, BadRpr. **06** 49, R. **06** 298 (Karlsruhe). Der Vertrag, durch den das städtische Hafenamt gemäß der Betriebsordnung gegen Entrichtung der tarifmäßigen Gebühren den Umschlag von Waren im Hafengebiet übernimmt, ist ein Werkvertrag. Dies gilt auch für die Benutzung der Krahnen. Es geht aus der Betriebsordnung unzweifelhaft hervor, daß die Stadt Unternehmerin, nicht Vermieterin sein wollte. Daß der Wert des Krahnens (der Sache) größer ist als der Wert der Arbeitsleistung des Krahnenführers, ist gleichgültig, ebenso die Bezeichnung „Krahnengebühr" und der Umstand, daß die Stadt nicht alle zur Ausführung der Löschung erforderlichen Arbeiten besorgt. Entscheidend ist, daß die Hauptsache der vom Krahnenführer gehandhabte Krahnen selbsttätig besorgt. (Daher haftet die Stadt für den durch Bruch einer Kette des Krahnens entstandenen Schaden nicht ohne weiteres, wie der Vermieter nach § 538, sondern nur wenn ihr selbst oder ihren Angestellten ein Verschulden zur Last fällt, § 635.)

g) Vertrag mit dem Proviantamt. **RG.** ElsLothJZ. **06** 339. Nicht als Dienst-, sondern als Werkvertrag ist ein mit dem Kgl. Proviantamt geschlossener Vertrag anzusehen, durch den der andere Teil für drei Jahre den Fuhrverkehr im Vermahlungsbetriebe zwischen der Garnisonmühle und dem Körner- und Mehlmagazin gegen Entgelt übernommen hatte.

§ 632. 1. *Singer. Der Bauunternehmer kann für die Lieferung von Vorarbeiten eine Vergütung beanspruchen, wenn ein Vertrag (§ 154 BGB.) über Lieferung der Arbeiten geschlossen ist; hat dagegen die Lieferung der Vorarbeiten nicht die rechtliche Bedeutung einer Vertragserfüllung, sondern die einer Offerte, welche einen Vertragsabschluß anbahnt, steht dem Unternehmer eine Vergütung nicht zu. Die Grenze zwischen Vertrag und Offerte ist oft schwierig. Kriterien: ob die Anregung vom Bauherrn oder vom Unternehmer ausging; Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmern. — Gratisangebote von Unternehmern sind nicht ausdehnend auszulegen. — Die Technikergebührenordnungen, Hamburger Normen vom Jahre 1888, Gebührenordnung der Techniker und Ingenieure v. J. 1901, Düsseldorfer Tarif für Baugewerksmeister v. J. 1902, sind keine Taxen im Sinne der §§ 632, 612 BGB. — Unter „üblicher", d. i. ortsüblicher Vergütung für Leistungen der Baukundigen ist jene zu verstehen, welche seit einer längeren Reihe von Jahren von gewerbetreibenden Baukundigen am Sitze ihres Unternehmens dem baulustigen Publikum abverlangt und von dem letzteren trotz Unterlassung einer Preisvereinbarung in Kenntnis des angewendeten Maßstabs und mit der Überzeugung von der Rechtmäßigkeit dieses Maßstabs anstandslos bezahlt worden ist, so daß sich das Publikum an die Berechnungsweise der Unternehmer gewöhnt hat. — Die „Üblichkeit" der Hamburger Normen wird vielfach feststellbar sein; anders beim Düsseldorfer Tarif und der komplizierten Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure von 1901. — Kann die Gewöhnung des Publikums an die Sätze der Gebührenordnungen oder eines etwaigen sonstigen Vergütungsmaßstabes beim Mangel vertragsmäßiger Vergütungsabrede nicht festgestellt werden, so ist auf §§ 315, 316 BGB. zurückzugreifen. — Die Feststellung der „billigen" angemessenen Vergütung kann vielfach in Anlehnung an die Gebührenordnungen, besonders die Hamburger Normen, erfolgen; auch das arithmetische Mittel aus den verschiedenen Sachverständigenbewerbungen kann dienlich sein. — Bei Übertragung sämtlicher Vor- und Hauptarbeiten um einen Akkordpreis kann für die Vorarbeiten keine besondere Vergütung verlangt werden. Ist ein Akkordpreis nicht vereinbart, so liegt, insofern sich nicht, besonders infolge der Konkurrenzverhältnisse, eine entgegenstehende Verkehrssitte herausgebildet hat, in der Vergütung der Hauptarbeit nicht ohne weiteres auch die Entlohnung für die Vorarbeiten. S. hierzu a. JDR. **2** Ziff. 9, **3** Ziff. 4, **4** Ziff. 2.

2. Verjährung. OLG. **12** 248, SächsRpflA. **06** 201 (Dresden). Für den Anspruch auf angemessene Entschädigung gilt dieselbe Verjährungsfrist wie für die Forderung auf Vergütung aus dem Werkvertrag, sofern er sich auf Ausführung von Arbeiten richtet.

Zu §§ 633 ff. 1. Haftung des Unternehmers während der Herstellung des Werkes. **RG.** JW. **06** 111, R. **06** 374. Neben den besonderen in den §§ 633—636 bestimmten Rechten kann dem Besteller unter Umständen noch ein Schadensersatzanspruch wegen vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers zufolge allgemeiner Grundsätze erwachsen. Es fragt sich aber, ob die Verpflichtung zur vertragsmäßigen Herstellung des Werkes schon während der Ausführung hervortreten und demgemäß die Haftung für einen durch mangelhafte Ausführung in diesem Stadium verursachten Unfall aus dem Vertrage hergeleitet werden kann. Das RG. bejaht, da die Vorschriften des BGB. über Werkvertrag nicht entgegenstehen und insbesondere die Umstände, unter denen

die Ausführung erfolgt, eine solche Verpflichtung erfordern können. So läßt RG. den Unternehmer aus dem Vertrage auch für einen während der Bauausführung zufolge vorhandener Mängel zugefügten Schaden haften, wenn dieser dem Besteller bei einem Verhalten widerfährt, das nach den obwaltenden Verhältnissen sich als sachgemäß darstellt und deshalb von dem Unternehmer in Betracht zu ziehen gewesen ist. Ein solches sachgemäßes Verhalten liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Besteller die Baustelle bloß deshalb betritt, weil er sich über die Art der Bauausführung ein Bild verschaffen will. Dazu müssen berechtigte Gründe vorliegen, etwa eine erforderliche Besprechung der vorzunehmenden Arbeiten.

2. Einrede des nicht oder nicht richtig erfüllten Vertrags. WürttJ. **18** 1 (Stuttgart). Dem Besteller, der die angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, steht außer den nach §§ 633 ff. gebotenen Rechtsbehelfen auch die Einrede des nicht bzw. des nicht richtig erfüllten Vertrags zu. (§ 320 und § 363.) — S. a. JDR. **2** Ziff. 3b, **3** Ziff. 3.

3. Verschulden? Unsichtbare Mängel. HansGZ. **06** Beibl. 275 (Hamburg). a) Wenn nur die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangt werden, greift nicht § 635, sondern § 633 Platz. Also Nachweis des Verschuldens nicht erforderlich. Vgl. §§ 638, 640, 651. b) Bei Übernahme der Garantie für bei der Abnahme nicht sichtbare Mängel des Hauses auf ein Jahr genügt es, wenn vor Ablauf des Jahres vom Besteller nur das Abblättern einer verhältnismäßig geringen Zahl von Verblendsteinen bemerkt und gerügt worden ist, während ein weiteres Umsichgreifen und insbesondere die nachträglich vom Sachverständigen konstatierten Schäden erst später hervorgetreten sind. Denn es sind dies nicht neue Mängel, sondern die Folgen eines und desselben Mangels.

§ 634. 1. **RG.** JW. **06** 333, SchlHolstAnz. **06** 180/1, R. **06** 748. Das auf die Mangelhaftigkeit des Werkes gestützte Vorbringen des Beklagten, welcher deswegen die Abnahme endgültig verweigert hat, kann, wenn für die Ansprüche auf Schadensersatz oder Wandelung oder Minderung nach §§ 634, 635 die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, nur unter den Gesichtspunkt der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gebracht werden. Diese steht ihm jedoch gegenüber der Klage auf Zahlung nicht zu. Der Schuldner, der endgültig ablehnt, verweigert nicht nur die Gegenleistung bis zur vertragsmäßigen Bewirkung der Leistung, sondern will seinerseits gar nicht leisten, auch nicht, wenn ihm ein mängelfreies Werk angeboten wird. Er muß deshalb bei Ablehnung der Gegenleistung seinen Einreden eine derartige Gestalt geben, daß auf Grund derselben eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann. (So schon **RG. 58** 173.) Die Einrede aus § 320 würde aber nur zur Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung Zug um Zug führen, was seiner ausgesprochenen Absicht widersprechen würde.

2. OLG. **12** 79, R. **06** 298 (Hamburg). Macht der Besteller von dem ihm gewährten Recht, eine Frist zur Beseitigung der Mängel zu setzen, keinen Gebrauch, so bleiben ihm trotzdem die Rechte aus § 633 bzw. die im Falle der Nichterfüllung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 325, 326 gewährten Rechte.

3. SchlHolstAnz. **06** 337 (Kiel). Trotzdem das BGB. — im Gegensatz zum I. Entwurf (§ 431) — eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthält, kann ein stillschweigender Verzichtsvertrag bezüglich des Rücktrittsrechts in der späteren teilweisen Annahme der Leistung durch den Rücktrittsberechtigten gefunden werden. (Angenommen worden in einem Falle, wo der Besteller zugelassen hat, daß nach dem Ablauf der Frist, also nach Begründung seines Rücktrittsrechts, der Unter-

nehmer noch verschiedene Arbeiten an dem herzustellenden Werke vorgenommen hat. Die Ausführung des Bestellers, daß er an der Erfüllung des Vertrags durch den Unternehmer kein Interesse mehr gehabt habe, und deshalb auch ohne Fristsetzung zum Rücktritte berechtigt gewesen sei, wird zurückgewiesen, weil der Wegfall des Interesses an der Leistung nicht infolge des Verzugs, sondern infolge veränderter Umstände eingetreten sei. Es hätte daher zur Begründung des Rücktrittsrechts einer weiteren Fristsetzung bedurft.)

§ 635. 1. BraunschwZ. **06** 175, R. **06** 858 (Braunschweig). Der Schadensanspruch wegen Mängel ist nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Ersatz für totale Nichterfüllung, sondern kann sich zu solchem weitgehenden Anspruch nur unter Umständen gestalten, nämlich gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 dann, wenn es für den Beschädigten kein Interesse hat, das Werk nebst Ersatz für den Mangel gegen Entrichtung der Vergütung zu behalten. Gegen **RG. 58** 176 ff. (vgl. JDR. **3** Ziff. 2 u. 4) im Anschluß an Kipp, 27. DJT. I 288 ff. u. Oertmann, Komm. (Daher, wenn der Keller und die Kellertüren zu niedrig angelegt und einige Fensterscheiben gesprungen sind, nur Ersatz für diese Mängel.)

2. BadRpr. **06** 252 (Karlsruhe). Als Mangel, den der Unternehmer zu vertreten hat, ist es anzusehen, daß er unter Außerachtlassung der erforderlichen Aufmerksamkeit eine Mauer des Bauwerks über die Grenze an das Eigentum des Nachbarn hat setzen lassen und der Besteller infolgedessen dem Nachbarn eine Entschädigung zahlen mußte. Dagegen trägt der Unternehmer für die Mängel keine Verantwortung, welche auf Maßnahmen beruhen, die der die Bauleitung persönlich führende Besteller selbst getroffen hat oder welche durch eigenes Verschulden des letzteren entstanden sind. (Fehlerhafte Pläne, keine fachmännische Leitung durch einen Architekten, schlechte und unzureichende Materialien.)

§ 636. OLG. **13** 425 (Karlsruhe). Berechtigt ist der Rücktritt wegen nicht rechtzeitiger Herstellung eines Teiles des Werkes, wenn der Unternehmer, welcher als Planfertiger und Bauleiter tätig sein sollte, von der Baukommission als Bauleiter zurückgewiesen worden und es ihm deshalb nicht mehr möglich ist, seiner weiteren Vertragspflicht nachzukommen. Einer besonderen Nachfrist bedurfte es nicht, weil die ganze Bauausführung ohne den sofortigen Rücktritt ins Stocken geraten wäre. Eine Vereinbarung, wonach ein vorgeschobener Dritter formell der Behörde gegenüber als Bauleiter bezeichnet werden sollte, während der Unternehmer die Geschäfte weiter besorgen wollte, würde, weil auf Umgehung behördlicher Anordnungen gerichtet, gegen die guten Sitten verstoßen. Vgl. u. zu § 649 Ziff. 1.

§ 637. **RG. 62** 122, JW. **06** 56. Die Nichtigkeit der Vereinbarung erstreckt sich nicht weiter, als die Arglist reicht. Arglistige Täuschung über nur einen Mangel muß nicht die Nichtigkeit des ganzen Verzichts auf Gewährleistung zur Folge haben. Dies gilt für die auf dem nämlichen Grundgedanken beruhenden §§ 443, 476, 540, 637 gleichmäßig. Diesen Sondervorschriften gegenüber findet § 139 keine Anwendung. S. a. o. zu § 476 Ziff. 1.

§ 638. 1. Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen neben den § 638. **a)** **RG.** JW. **06** 552, DJZ. **06** 1151, R. **06** 1259. Der wegen eines Mangels dem Besteller zustehende Anspruch auf Schadensersatz unterliegt nur dann der kurzen Verjährung des § 638, wenn es sich um einen Ersatzanspruch handelt, wie ihn der § 635 statuiert. § 635 schließt aber nicht alle Fälle ein, in denen für den Besteller gegen den schuldhaften Unternehmer ein vertraglicher Schadensersatzanspruch Platz greift. Vielmehr gibt es auch außerdem aus allgemeinen Grundsätzen (§ 276) sich ergebende Ansprüche jener Art, auf welche die kurze Verjährung keine Anwendung findet. (Vgl. bereits **RG.** JW. **06** 13: Schadensersatz des bei Ausführung eines Transportvertrags körperlich Verletzten.)

Für den durch § 635 gewährten Schadensersatzanspruch ist, wie seine Zusammenstellung mit den Forderungen auf Wandelung und Minderung ergibt, ebenso wie bei diesen, ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag erforderlich, der Schaden muß dem gelieferten Werke unmittelbar anhaften. Er muß sich zugleich als ein solcher darstellen, der für den Besteller in dem für den Beginn der kurzen Verjährung maßgebenden Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung des Werkes (§ 638 Abs. 1 Satz 2 und § 646) erwachsen ist. Fehlen diese Voraussetzungen, so gilt die 30 jährige Verjährung. (Den hiernach für § 635 geforderten unmittelbaren Zusammenhang des Schadens mit der Vertragsleistung hat RG. für einen Fall verneint, in welchem der Beklagte in der von ihm aufgestellten, für die Festsetzung des Kaufpreises maßgebenden Taxe in fahrlässiger Weise eine Rente falsch und zum Nachteil der Klägerin berechnet hatte. Das RG. sieht hierin einen Schaden, der mit der Fertigstellung und Ablieferung des in Rede stehenden Werkes, der Taxe, nicht an sich vorlag, vielmehr erst später, als von dem Taxinstrument Gebrauch gemacht wurde, eingetreten ist.) **b) RG. 62** 119, JW. **06** 13, JustdRundsch. **06** 9, BayRpflZ. **06** 81, DJZ. **06** 260, R. **06** 116. Nicht die kurze Verjährung des § 638, sondern die 30 jährige des § 195 greift Platz bei dem Schadensersatzanspruch, welcher sich nicht auf einen Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung gründet. Als solche Pflichtwidrigkeit bei Ausführung des Vertrags (Transportvertrags) stellt sich das Verhalten des Führers eines Benzin-Motorwagens dar, welcher durch Fahrlässigkeit ein Umfallen des Wagens verursacht.

2. Anwendung des § 638 auf den Schleppschiffahrtsvertrag. S. JDR. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1. OLG. **11** 416 (Hamburg). § 638 findet auch dann Anwendung, wenn es sich um die Erzielung eines Erfolges handelt, also auch beim Schleppvertrage.

3. Anwendung auf immaterielle Werke. S. JDR. **4** Ziff. 3. **RG.** SeuffBl. **06** 119. § 638 ist auch auf solche Fälle anwendbar, wo ein versprochener immaterieller Erfolg (z. B. Personenbeförderung) nur mangelhaft herbeigeführt worden ist. (Vgl. §§ 631 ff. Ziff. 14 a α.) Nach § 646 beginnt die Verjährung hier, weil „nach Beschaffenheit des Werkes" die Abnahme ausgeschlossen ist, mit der Vollendung des Werkes zu laufen. Die Anwendbarkeit des § 638 auf solche Fälle ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte. (Wird dargelegt.) Gegen die Anwendung des § 638 auf solche Fälle läßt sich nicht verwerten, daß bei ihnen nicht immer von einer „Beseitigung des Mangels" oder von einer Wandelung gesprochen werden kann; dann verbietet sich die Anwendbarkeit des § 638 wegen Gegenstandslosigkeit von selbst. Jedenfalls ist ein Schaden wegen nur mangelhafter Herbeiführung des versprochenen Erfolgs tatsächlich möglich.

4. Bauwerk. S. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2. **a**) Brunnen. Kuhlenbeck, JW. **06** 678, bejaht in einem „Nachtrag zum Werkvertrag" — in seinem Bericht über „die Rechtsprechung des RG. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts" — die Frage: „Ist ein Brunnen ein Bauwerk im Sinne des BGB.?" und bekämpft die verneinende Entscheidung des **RG. 56** 41 ff. (s. JDR. **3** Ziff. 2 a). Das Wort „Bauen" bezeichnet jegliche auf Herstellung eines dauernden Werkes gerichtete technische Tätigkeit. Das angewandte Material und die Art seiner Verwendung sind hierbei völlig gleichgültig. Höchst bedenklich ist auch die unverständliche thoretische Distinktion zwischen begrifflich notwendigen Bestandteilen eines Werkes und begrifflich überflüssigen. Nur wenn es sich beim Brunnenbau um bloß vorübergehende Erschließung einer Wasserquelle handelte, würde der Begriff des Bauwerkes verneint

werden dürfen; soweit eine Tätigkeit bloß hierauf gerichtet ist, fällt sie allerdings nur unter den Begriff der „Arbeit an einem Grundstück". Aber sobald die Quelle, um ein dauerndes Werk zu bilden, „gefaßt" wird, wird ein Bauwerk notwendig. Die ratio legis des § 638 trifft ganz besonders bei Brunnenbauten zu. **b**) Maschinen. GruchotsBeitr. **50** 656, NaumburgAK. **06** 9, R. **06** 1259. Ein Werkvertrag über eine maschinelle Einrichtung und deren Inbetriebsetzung betrifft nur dann (auch wenn die Maschinen als wesentliche Bestandteile des Grundstücks im Sinne des § 94 anzusehen sind) ein Bauwerk, wenn der Unternehmer nicht bloß die Lieferung der Maschinen, deren Zusammensetzung und Verbindung mit den Fundamenten, sowie die Anbringung der Transmissionen und Säulen an den zum Betriebe der Maschinen erforderlichen Stellen, sondern auch die Herstellung der Fundamente und der Stützpunkte für die Transmissionen zu besorgen hat, wobei im ersteren Falle die Stellung eines Monteurs gleichgültig erscheint.

5. Die Abnahme. S. JDR. **4** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen. **RG. 62** 210. Keine Abnahme des Werkes liegt vor, wenn der Eigentümer des nach Emden zu schleppenden Kahnes, nachdem die Fahrt durch einen Unfall unterbrochen worden war (s. o. zu § 631 Ziff. 14 b), auf die Frage, ob der Kahn weiter nach Emden geschleppt werden solle, innerhalb der ihm gesetzten Frist antwortete, man sei nicht in der Lage, sich zu entscheiden. In dieser bloß dilatorischen Erklärung lag so wenig eine Abnahme, wie wenn der Eigentümer jede Erklärung ablehnte. Mit solchem Verhalten hat dieser weder den bis dahin vom Schlepper geschleppten Kahn tatsächlich übernommen, noch die Übernahme als Erfüllung der dem Schlepper obliegenden Leistung angenommen. Auch vollendet war das Werk nicht, weder das ganze Werk; denn der Kahn befand sich nicht am Ziele; noch lag eine Einigung dahin vor, daß es bei dem, was bis dahin geleistet, sein Bewenden behalten und der Schlepper für die Teilleistung eine entsprechende Abfindung erhalten sollte.

6. Beweislast für die Verlängerung der Frist. R. **06** 1435 (Breslau). Die Abkürzung der Verjährungsfrist hat, ebenso wie umgekehrt ihre Verlängerung, in den gesetzlich zugelassenen Fällen derjenige zu beweisen, welcher sich auf die Abkürzung oder die Verlängerung beruft. Entschieden zu § 225; vgl. o. § 477 Ziff. 3.

7. Keine Verkürzung der Frist durch Garantieübernahme. HansGZ. **06** Beibl. 275 (Hamburg). Durch Übernahme der Garantie für Mängel auf ein Jahr wird die gesetzliche Verjährungsfrist von fünf Jahren nicht entsprechend verkürzt. Eine derart mit den allgemeinen Verkehrsanschauungen im Widerspruch stehende Regelung müßte ausdrücklich und beiden Kontrahenten deutlich erkennbar getroffen sein. (Vgl. §§ 633, 640, 651.)

8. Prozessuales. **RG. 63** 402. Ein in der Berufungsinstanz gegen die Klage auf Zahlung des bedungenen Preises erhobener Minderungseinwand (oder die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags) ist weder ein neuer Anspruch im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO., noch ein selbständiger Gegenanspruch (also Aufrechnungseinwand) im Sinne des § 529 Abs. 3 ebenda, sondern ein qualifiziertes Bestreiten der Höhe des Klaganspruchs.

§ 640. 1. ElsLothJZ. **06** 421 (Colmar). Eine Abnahme im Sinne einer Genehmigung kann nicht darin gefunden werden, daß der Besteller den Bau in Benutzung genommen hat, nachdem er vorher bereits wiederholt wegen der mangelhaften Bauausführung Einspruch erhoben hatte. Die Inbesitznahme, welche nicht bis zur Beseitigung der Mängel verzögert werden konnte, da der Besteller des Hauses bedurfte, stellt sich unter diesen Umständen nicht als eine Annahme des Werkes, als Erfüllung, dar. Der Besteller kann deshalb den ihm

gemäß § 633 zustehenden Anspruch jetzt noch auch insoweit geltend machen, als anzunehmen ist, daß er die Mängel bei der Inbesitznahme gekannt hat.

2. HansGZ. **06** Beibl. 275 (Hamburg). Keine vorbehaltlose Abnahme des Baues liegt vor, wenn der Besteller bei Abnahme den nachträglich eingetretenen Schaden nicht erkannt hat und nicht hat erkennen können. (Vgl. §§ 633, 638, 651.)

3. Weiteres über den Begriff der Abnahme s. JDR. **1** § 640, **2** Ziff. 1 zu § 640, Ziff. 4 zu § 433, **3** zu § 640, § 638 Ziff. 5, **4** Ziff. 1 zu § 640 u. § 638 Ziff. 5, sowie die dortigen Verweisungen.

§ 641. Keine Vorleistungspflicht. Einheitlichkeit des Werkes. OLG. **12** 78, R. **06** 218 (Hamburg). Es besteht keine Vorleistungspflicht, vielmehr ist die Vergütung bei Abnahme des Werkes zu entrichten. Da nun die Leistung des Unternehmers sich rechtlich nicht in verschiedene Teile zerlegen läßt, sondern in einer Einheit, aus Herstellung und Ablieferung, besteht, so braucht der Unternehmer mit der Erfüllung, also auch mit der Herstellung, nicht zu beginnen, solange der Vertragsgegner nicht zur Erfüllung bereit ist, vielmehr ausdrücklich erklärt, nicht erfüllen zu wollen. (Vgl. § 320.) Es würde überdies auch den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreiten, wenn der eine Teil Erfüllung verlangt, unter der Erklärung, seinerseits nicht erfüllen zu wollen. Vgl. § 157.

§ 642. 1. **RG.** ElsLothJZ. **06** 338. Die Vorschrift des § 642 ist vornehmlich im Interesse des Unternehmers geschaffen. Sie bezweckt, in dem bezeichneten besonderen Falle des Annahmeverzugs den Unternehmer von der Verbindlichkeit, seine Leistung ferner bereit zu halten, zu befreien und eine sofortige Erledigung des Rechtsverhältnisses durch Festsetzung einer dem Unternehmer zu zahlenden Entschädigung herbeizuführen. (Die Anwendung des § 642 wurde verneint, weil der Annahmeverzug dadurch ausgeschlossen werde, daß dem Unternehmer die von ihm geschuldete Leistung unmöglich geworden sei, also lediglich die §§ 323 oder 324 in Frage kämen.)

2. BadRpr. **06** 252 (Karlsruhe). Angewandt in einem Falle, wo der Unternehmer sich zur Beseitigung der gerügten Mängel, event. zur Ausbesserung durch einen Dritten auf eigene Kosten erboten, der Besteller aber erklärt hatte, der Unternehmer dürfe den Bau nicht mehr betreten, und auch die Ausbesserung durch einen Dritten abgelehnt hatte. Die Bereitstellung des Baumaterials, jedenfalls mindestens die Ermächtigung zur Vornahme der Arbeiten, sind Handlungen des Bestellers, welche zur Herstellung der Nacharbeiten notwendig waren.

§ 644. 1. *Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung 37 ff. § 644 ist nicht so zu verstehen, als ob der Unternehmer alle Gefahren zn tragen habe. Eine Scheidung der Gefahren in solche, die dem Unternehmer, und solche, die dem Besteller zur Last fallen, ist nicht ausgeschlossen. (Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 128.) Die Grenze der Gefahrtragungssphären ist subjektiv nach Maßgabe der vertraglichen Beziehungen zu bestimmen (52).

2. Aus der Rechtsprechung. **a**) PuceltsZ. **06** 617, DJZ. **06** 1379 (Karlsruhe). Die bei Ausführung des Beschälungsvertrags (vgl. o. zu § 631 Ziff. 14e) entstandene Verletzung der Stute ist mangels vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers als zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes — darunter können lebende Tiere unbedenklich verstanden werden — anzusehen, für die der Unternehmer nicht verantwortlich ist. **b**) SeuffBl. **06** 135 (LG. München I). Zu der Gefahrtragung gehört es z. B., daß, wenn eine bestellte Droschkenfahrt durch das zufällige Passieren eines Fackelzugs auf die Dauer von 20 Minuten eine Unterbrechung erleidet, der hieraus für den Unternehmer sich ergebende Mehraufwand an Zeit und Arbeit auf seinen Lohnanspruch ohne Einfluß ist. Denn die Fahrt ist nicht unmöglich geworden, sondern durch den

Zufall ist nur eine „Verschlechterung" des teilweise vollendeten Werkes eingetreten. (Der Kutscher hat daher keinen Anspruch auf Wartegeld.)

§ 645. **a)** R. **06** 180 (Stettin). Zu dem vom Besteller gelieferten „Stoffe" sind alle Gegenstände zu zählen, aus denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen war. (Also bei einem auf Herstellung von Ziegelwaren in der Ziegelei des Bestellers gerichteten Werkvertrag außer dem Tonlager auch die Trockengerüste, Presse usw.) **b)** OLG. **13** 424 (Karlsruhe). Auf § 645 kann sich die Klägerin, welche u. a. die Montierung, d. h. Einsetzung und Zusammenfügung der von ihr bezogenen alten und von ihr zu liefernden neuen Bestandteile eines Mühlengetriebs übernommen hat, mit Bezug auf die vom Besteller gegebenen Anweisungen nicht berufen. Denn dieser besaß keine ausreichende Sachkenntnis und hat sich dem sachverständigen Urteile des die Ausführung beratenden Mechanikers untergeordnet, dessen Verschulden Klägerin nach § 278 zu vertreten hat. **c)** § 645 angewandt in SächsRpflA. **06** 433 (Dresden).

§ 646. Über einen Fall, in dem noch keine Vollendung des Werkes anzunehmen ist, vgl. **RG.** **62** 210, o. zu § 638 Ziff. 14b.

§ 647. 1. Vertragsmäßige Bestellung solchen Pfandrechts im Dienstvertrage. SächsRpflA. **06** 566 (Dresden). Die Bestellung eines Pfandrechts für den Ziegelmeister an den im Lager stehenden Ziegeln wegen seiner etwaigen rückständigen Lohnforderungen spricht nicht notwendig für die Annahme eines Werkvertrags. Ein dem § 647 nachgebildetes Pfandrecht kann ebensogut einem aus einem Dienstvertrage Forderungsberechtigten an den von ihm hergestellten, noch in seinem Gewahrsame befindlichen Gegenständen von vornherein durch Vertrag eingeräumt werden. Vgl. auch o. zu § 611 Ziff. 6 d.

2. Kein Pfandrecht an den eigenen Sachen des Werkmeisters. OLG. **12** 79, R. **06** 298 (KG.). Das Werkmeisterpfandrecht besteht nur an den beweglichen Sachen, die dem Besteller gehören, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. An der eigenen beweglichen Sache kann selbstverständlich der Werkmeister kein Pfandrecht haben (Pfandrecht daher verneint, weil der Werkmeister, der den Stoff zu der von ihm herzustellenden Zeichnung selbst beschafft hatte, Eigentümer der Zeichnung bis zur Übergabe an den Besteller blieb).

§ 648. 1. Vertragsmäßiger Ausschluß? Geiershöfer, BayRpflZ. **06** 354. Ist durch Vertrag zwischen dem einen Bau errichtenden Grundeigentümer und dem von ihm hierzu beauftragten Bauunternehmer die Erwirkung der Sicherungshypothek ausgeschlossen, so kann der Bauunternehmer trotz der entgegenstehenden Vereinbarung die Sicherungshypothek vormerken lassen, falls der Grundstückseigentümer die verabredeten Teilzahlungen nicht leistet. Natürlich darf die Vormerkung nur insoweit und insolange aufrechterhalten werden, als die Gegenpartei im Leistungsverzug ist.

2. Verhältnis zu §§ 883, 885. OLG. **12** 83, R. **06** 298 Ziff. 670 (Breslau). Dem Bauunternehmer wird dadurch, daß er ein gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbares Urteil aus dem Bauvertrag erlangt hat, nicht der durch die §§ 648, 883, 885 gegebene Weg verschlossen, eine Sicherung auch ohne Sicherheitsleistung — deren Aufbringung gerade den Bauhandwerkern vielfach Schwierigkeit bereitet — zu erlangen. Es ist nicht abzusehen, warum der Bauunternehmer durch die Erlangung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils schlechter gestellt werden sollte, als er vorher gestanden hat. Denn § 885 Satz 2 sieht von der Glaubhaftmachung der Gefährdung des zu sichernden Anspruchs ab, während auch die §§ 710, 718 ZPO. die Glaubhaftmachung verlangen, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger schweren Nachteil bringen würde.

3. Geht das Recht aus § 648 bei Abtretung über? S. JDR. **1** zu § 401 Ziff. 2, § 648 Ziff. 3c, **2** § 648 Ziff. 2, **3** Ziff. 1. OLG. **12** 82, R. **06** 293 (Celle). Ebenso wie das Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek ausdrücklich mit abgetreten werden kann (§ 413) und wie eine vor der Abtretung bereits eingetragene Sicherungshypothek oder Vormerkung auf den Erwerber der Forderung mit übergeht (§ 401), ebenso geht auch der nicht bereits verwirklichte Anspruch ohne weiteres auf den Zessionar über. Daß das Recht aus § 648 mit zu denjenigen hat gerechnet werden sollen, auf die wegen ihrer Eigenschaft als höchstpersönlicher Rechte die Vorschrift des § 401 nicht passe, geht weder aus dem Wortlaut und Zweck des § 648, noch aus der Fassung des § 401 hervor. Vgl. o. zu § 401 Ziff. 3.

4. Beschränkung des Anspruchs auf das eigentliche Baugrundstück. OLG. **12** 83, R. **06** 298 Ziff. 669 (Breslau). Nach der dem § 648 zugrunde liegenden Erwägung, daß der Bauunternehmer durch seine Arbeit den Wert des Grundstücks erhöhe, ist es geboten, den Anspruch, soweit dies die Einrichtung des Grundbuchs zuläßt, auf denjenigen Teil des Grundstücks zu beschränken, welcher als das eigentliche Baugrundstück anzusehen ist, in welchem also die Werterhöhung durch die Arbeit des Unternehmers steckt; dagegen ist er hinsichtlich solcher Flächen auszuschließen, welche von dieser Werterhöhung nicht betroffen sind, und welche seit der Zeit der Errichtung des Baues vom eigentlichen Baugrundstücke grundbuchlich getrennt sind.

5. Ausschluß von bloßen Lieferungen. BadRpr. **06** 35, R. **06** 801 (Karlsruhe). § 648 bezieht sich nur auf Arbeiten an dem Baugrundstücke selbst und nicht auch auf die bloße Lieferung von Baumaterialien. (Kläger hatte Steine geliefert, die von anderen in das Haus eingefügt wurden.)

6. Hauptklage. **RG. 62** 62. Nach der vom Arrestgerichte getroffenen Anordnung, daß die Antragstellerin, welche durch einstweilige Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs aus § 648 erwirkt hat, binnen einer bestimmten Frist Klage (in der Hauptsache) zu erheben habe, hat die Klägerin die Klage auf Einräumung der Sicherungshypothek, nicht die Klage auf Zahlung der noch restierenden Bauforderung als Hauptklage zu erheben. Durch diese Klage wird der Anordnung deshalb nicht genügt, weil eine Umschreibung der Vormerkung in die durch ihre Eintragung gesicherte Sicherungshypothek auf Grund des zu erwartenden Urteils nicht hätte erfolgen können; denn es würde die Identität der zugesprochenen Bauforderung mit derjenigen, die der Vormerkung zugrunde liegt, nicht ohne weiteres feststehen. Vgl. im übrigen § 926 ZPO.

7. Verzicht des Unternehmers. SächsRpflA. **06** 427, R. **06** 1259 (Dresden). Durch Verzicht des Unternehmers auf die Bauhandwerkerhypothek, den er unter der Voraussetzung erklärt hat, daß die sonstigen Bauhandwerker eine gleiche Beschränkung oder Aufgabe erklären, wird der Eigentümer an der Aufnahme der Baugelderhypothek nicht gehindert. (Auf diese im Bauverkehr übliche Regelung der Rechtsverhältnisse ist bei Auslegung eines Vertrags Rücksicht zu nehmen, durch den vereinbart ist, daß wegen des Anspruchs des Handwerkers aus den Lieferungen keine Eintragung im Grundbuch erfolgen solle, dieser Anspruch aber in erster Linie einzutragen sei, falls der Eigentümer Eintragungen vornehmen lasse. Hierdurch sollte nur die Eintragung von Sicherungshypotheken nach § 648 ausgeschlossen sein, dem Handwerker nur für den Fall einer solchen Eintragung sein Recht auf Sicherungshypothek gewahrt werden; nicht aber sollte dem Eigentümer die Aufnahme der Baugelderhypothek erschwert werden.)

8. Weimarisches Landesrecht. Schmid, ThürBl. **53** 9 ff., bejaht (18 ff.) die Frage, ob es möglich ist, den Anspruch aus § 648 im Gebiete des weimari-

schen Rechtes durch einstweilige Verfügung zu verwirklichen (Verhältnis des § 648 BGB. zu den Pfandrechtstiteln des weimarischen Pfandgesetzes §§ 27 ff.). Das Landesrecht kennt, wenn auch nicht das Wort, so doch den Begriff Sicherungshypothek. Die als Kautionshypotheken bezeichneten Pfandrechte der §§ 9, 90 PrG. stehen ihr in den wesentlichen Beziehungen gleich.

9. Begriff des Bauwerkes. Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 1, 2. S. ferner o. zu § 638 Ziff. 4.

a) Arbeiten des Architekten. α. **RG. 63** 312, JW. **06** 459, BadRpr. **06** 372, R. **06** 1134. Nicht hierher gehört der Architekt, welcher die Bauarbeiten leitet und überwacht (s. o. zu §§ 611 ff. Ziff. 6e zu α). Weder ist das Bauwerk in seiner Gesamtheit deshalb, weil der Architekt zur Herstellung desselben eine leitende Tätigkeit ausübt, als ein von ihm unternommenes Werk aufzufassen — denn nicht er, sondern die Unternehmer stellen den Bau her, — noch erscheint seine Leistung als Teil eines Bauwerks — denn solche Teile sind nur die das Bauwerk im ganzen bildenden materiellen, wenn auch nicht notwendig körperlich greifbaren Ergebnisse der Einzelleistungen. Auch nach dem Anlasse zu der Gesetzesvorschrift des § 648 ergibt sich als tatsächliche Voraussetzung für den Schutz der Abschluß eines Bauwerksvertrags und seine den Wert des Grundstücks steigernde Erfüllung. Nicht aber sollte darüber hinaus einem jeden, der in irgendeiner rechtlichen und tatsächlichen Form, durch Handarbeit oder geistige Tätigkeit, zur Herstellung eines Baues beigetragen hat, der Anspruch auf eine Sicherungshypothek eingeräumt werden. Ebenso lassen auch die Reichstagsverhandlungen (besonders vgl. StenBer. über IX. LP. 5. Sess. 1895/97 IV. 2815 ff. v. 22. 6. 96) ersehen, daß bloße Dienstverträge nicht genügen, sondern daß an dem Erfordernis eines Werkvertrags mit dem Bauherrn festgehalten werden sollte. (Vgl. die Worte von Enneccerus, s. u. bei OLG. **13** 426 (KG.), bei BayRpflZ. **06** 47 (München) zu b β.) β. In demselben Sinne OLG. **12** 80, R. **06** 298 Ziff. 667/8 (Karlsruhe) — s. bereits JDR. **4** Ziff. 1 b. — bestätigt von **RG.** R. **06** 1319.

b) Baugrube kein Bauwerk. α. BayRpflZ. **06** 47 (München). Die Unterscheidung im § 638 zwischen „Arbeiten an einem Grundstück" und „bei Bauwerken" ergibt, daß die Arbeitsleistung an dem Grundstück, auf dem ein Bau aufgeführt wird, nicht Arbeit bei dem Bauwerk ist, daß also der Unternehmer von „Arbeiten an einem Grundstücke" nicht Unternehmer eines Bauwerks ist. Das Arbeitsresultat des Unternehmers von „Arbeiten an einem Grundstück" ist zwar ein Werk, nicht aber ein Bauwerk. (So ist derjenige, welcher auf einem Grundstücke zu dem vom Eigentümer selbst aufzuführenden Hausbau den Grund aushebt, also die Baugrube herstellt, kein Unternehmer eines Bauwerks. Die Baugrube ist nur eine durch Arbeitsleistung an dem Grundstücke hergestellte Veränderung des Grundstücks, keine „unbewegliche, durch Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" [**RG. 56** 41], auch nicht ein Teil eines Bauwerks.) β. Mit fast derselben Begründung OLG. **13** 426, KGBl. **06** 65, R. **06** 1259 (KG.), das noch darauf hinweist, daß die Worte des Berichterstatters Enneccerus „Wer irgendeine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung eines Gebäudes geleistet hat, infolge eines unmittelbar mit dem Eigentümer des Gebäudes geschlossenen Werkvertrags, der hat ein Recht auf die Sicherungshypothek" nicht mit dem Wortlaute des § 648 übereinstimmen und z. B. für den Fuhrhalter, der für den Bau Fuhrwerk stellt, nicht passen (vgl. Rümelin, Dienst- und Werkvertrag (1905) 248). γ. Ebenso KGBl. **06** 8, R. **06** 801 (KG.). Die Ausschachtung bildet auch nicht einen einzelnen Teil des Neubaues. Sie gehört vielmehr zu denjenigen Arbeiten, welche die Errichtung des Gebäudes vorbereiten, ohne ein Bestandteil dieses Bauwerkes zu werden.

c) Anstreicher. OLG. **13** 427 (Karlsruhe) — s. bereits JDR. **4** Ziff. 2 —. Der Begriff „eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes" ist nicht zu eng auszulegen. Es ist darunter nicht notwendig ein abgeschlossener selbständiger Teil zu verstehen, und es ist insbesondere auf die Erklärung von Enneccerus (vgl. o. zu b) hinzuweisen. (So gehört auch der „Anstreicher" zu den Handwerkern, welche eine Sicherungshypothek zu beanspruchen haben. Ebenso Crome, System (2) § 267[19]).

10. Gesetzentwurf zum Schutze der Bauhandwerker. Budde, DJZ. **06** 1221 ff. Eine für die Baugläubiger auf Grund des § 648 BGB. auf das Grundstück eingetragene Vormerkung ergreift grundsätzlich nicht die Eigentümerhypothek und damit nicht die Wertteile des Grundstücks, auf welche die Bauhandwerker vor Bezahlung ihrer Forderungen billigerweise ein Vorrecht haben müßten. Es ist nicht nur notwendig, in Erweiterung des § 648 allen Bauhandwerkern und Lieferanten einen gesetzlichen Titel zum Pfandrecht auf die in der Baugeldhypothek eventuell bestellte Eigentümerhypothek zu verleihen, sondern es sollte dieses Recht auch dahin erweitert werden, daß ihnen mit Vertragsabschluß, nicht erst mit Lieferung, die Befugnis gegeben wird, eine Sicherung desselben durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch zu erwirken. Der Vormerkung für den Baugläubiger würde der Vorrang vor der Vormerkung zu geben sein, welche der einer Baugeldhypothek Priorität bewilligende Grundstücksverkäufer auf Grund des § 1179 BGB. für sich eintragen ließ. — Die letztere bedingt zu ihrer Wirksamkeit, daß eine Eigentümerhypothek, verfügbar für den Eigentümer, zur Entstehung gelangt, die erstere aber würde, da sie den Wertzuwachs selbst ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers den Baugläubigern sichern soll, also durchaus dinglicher Natur ist, die Entstehung einer verfügbaren Eigentümerhypothek vorweg hindern. Gegen Budde, DJZ. **06** 1221, Heinitz aaO. 1307 f. S. ferner Hagelberg, JW. **06** 730.

§ 649. 1. OLG. **13** 425 (Karlsruhe). Wenn der Besteller deutlich zum Ausdrucke bringt, daß er nicht nur etwa davon absehe, die weiteren Dienste des Unternehmers in Anspruch zu nehmen, sondern daß er — nachdem wider seine Voraussetzung die Behörde die Zulassung des Unternehmers als Bauleiter abgelehnt hatte — die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag als erloschen betrachte, so liegt trotz des Wortes „Kündigung" keine Kündigung nach § 649 vor, die die rechtliche Wirksamkeit des Vertrags unberührt läßt und nur zu einer Modifikation des Vollzugs führt; vielmehr ist nach Lage der Sache ein Rücktritt erklärt. Dieser ist nach § 636 gerechtfertigt. Vgl. hierüber o. zu § 636.

2. RG. PucheltsZ. **06** 307, RheinA. **102** II 112. Böswillig ist nicht gleichbedeutend mit vorsätzlich. Zu dem Vorsatze muß hinzutreten die Absicht, den anderen Teil zu schädigen, oder doch die Absicht, sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zu Nutzen zu machen. (Keine Böswilligkeit, wenn der Unternehmer, der durch das frühere vertragswidrige Verhalten des Bestellers gereizt war, sich nicht ohne weiteres bereit zeigte, neue geschäftliche Beziehungen zu ihm anzuknüpfen.)

§ 651. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 235, 236 f. Der Werklieferungsvertrag begründet stets eine Verschaffungspflicht, entweder so, daß die zu liefernde Sache unbedingt erst neu herzustellen ist, oder so, daß auch eine beim Vertragsschlusse bereits fertig gestellte Sache geleistet werden darf.

2. SächsRpflA. **06** 152 (Dresden). Auch wenn eine nicht vertretbare Sache in Betracht kommt, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendnng, wenn der Vertrag ein Handelskauf ist. (Vgl. § 381 Abs. 2 HGB.). Vgl. JDR. **2** Ziff. 5a, **4** Ziff. 3. S. auch zu HGB. § 381.

3. RG. JW. **06** 333. Ein Vertrag, welcher die Herstellung einer Laden-

einrichtung zum Gegenstande hat, ist ein Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache.

4. HansGZ. **06** Beibl. 275 (Hamburg). § 651 greift Platz, wenn der Unternehmer selbst das Grundstück und die Baumaterialien zu beschaffen und demnächst das fertige Gebäude dem Besteller zu Eigentum zu übertragen hat. (Vgl. §§ 633, 638, 640.)

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Neue Entscheidungen zu den bekannten typischen Streitfragen im Anschluß an die frühere Rechtsprechung, — das ist, wie alljährlich, auch diesmal wieder die Signatur des 8. Titels. So treten nach und nach die grundsätzlichen Linien klar und bestimmt hervor. Bemerkenswert ist hier die vom RG bezüglich der Beweislastverteilung abweichende Entscheidung des OLG. Naumburg (§ 652 Ziff 6); sie legt dem Auftraggeber, der trotz der vertragsmäßigen Verpflichtung, dem Mäkler den Auftrag bis zu einem bestimmten Termin an der Hand zu lassen, die Erteilung des Auftrags vereitelt, die Beweislast auf, während das RG. auch hier vom Mäkler den Beweis fordert, daß er Erfolg gehabt haben würde. Das OLG.-Urteil erscheint sehr einleuchtend. Wichtige Vergütungsfragen sind diesmal zu § 653 Ziff. 2 u. 3 verzeichnet. Daß u. U. einmal eine an Heiratsvermittelung grenzende Tätigkeit nicht unsittlich sein kann, ist zu § 656 Ziff. 2 vom RG. entschieden; dasselbe gilt bezüglich eines Vergleichs darüber (§ 656 Ziff. 3, § 779 Ziff. 2 d).

§ 652. 1. Allgemeines. **a)** Über indirekte Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit s. Siber, JheringsJ. **50** 66. — Cohen, HoldheimsMSchr. **06** 248 ff. Der Klage des Mäklers auf den Mäklerlohn steht eine klagbare Verpflichtung zum Tätigwerden gegenüber, d. h. der Mäklervertrag ist zweiseitig verpflichtend. S. hierzu a. JDR. **4** Ziff. 1 a, b.

b) Nebenabrede. SchlHolstAnz. **06** 326, R. **06** 935 (Kiel). Die dem Mäkler gegebene Zusicherung, er solle, falls er bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einen endgültigen Abschluß nicht herbeiführe, eine Pauschalsumme für Dienstleistung und Unkosten erhalten und zwar, ohne daß er nachzuweisen verpflichtet sei, in welcher Weise er tätig gewesen wäre, ist eine zulässige Nebenbestimmung des Mäklervertrags. Aus dem Dienstvertrag ist sie deshalb nicht zu beurteilen, weil eine Pflicht des Mäklers, sich um den Verkauf zu bemühen, nicht begründet ist. Da die Zusicherung nur den Sinn hat, dem Mäkler den Nachweis seiner Tätigkeit zu erlassen (und dem Auftraggeber den Beweis der Untätigkeit aufzubürden), nicht aber, daß die Summe auch bei Untätigkeit gezahlt werden solle, liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor.

2. Erfordernis des Aufrechtbleibens des vermittelten Geschäfts. S. JDR. **1** Ziff. 2 d, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 3. **a)** WürttJ. **17** 287, R. **06** 618 (Stuttgart). Wenn das durch den Mäkler vermittelte Geschäft unter einer auflösenden Bedingung geschlossen wurde, soll nach der regelmäßigen Absicht der den Mäklervertrag Abschließenden der Mäklerlohn nur dann verdient sein, wenn das vermittelte Geschäft unbedingt geworden ist. Für eine abweichende Vereinbarung ist beweispflichtig, wer den Anspruch auf Mäklerlohn erhebt. **b)** SächsRpflA. **06** 15 (LG. Chemnitz). Daraus, daß die Folgen des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung ausdrücklich geregelt sind, folgt nicht, daß der Eintritt einer auflösenden Bedingung auf die Mäklergebühr gar keinen Einfluß ausübe. Vielmehr ist nach allgemeinen Grundsätzen und mittels Auslegung des konkreten Mäklervertrags zu entscheiden, ob der Anspruch auf die Mäklergebühr mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung wegfällt. Dies wird in der Regel zu bejahen sein, da der Mäklerlohn nur dann verdient sein soll, wenn der erstrebte wirtschaftliche Erfolg wirklich erzielt wird, und es ist in concreto dann anzunehmen, wenn nach dem

Inhalte der Bedingung deren Eintritt oder Ausfall sich sehr bald entscheiden muß (z. B. Erteilung der Schankkonzession an den Käufer).

3. Pflichten des Mäklers. Insbesondere Vertragstreue. S. IDR. 3 Ziff. 3, 8, 4 Ziff. 4 u. die dortigen Verweisungen. **a)** OLG. **12** 35, R. **06** 240 (Stettin). Die Vergütung des Mäklers ist nur begründet, wenn der Auftraggeber bei Schließung des Kaufvertrags von der Mäklertätigkeit Kenntnis gehabt hat. Tritt der Mäkler erst nach dem Abschlusse des obligatorischen Vertrags, wenn auch noch vor Auflassung und Eintragung hervor, so hat er, wenn nicht besondere Umstände das Gegenteil rechtfertigen, seine Leistung nicht so bewirkt, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Der Auftraggeber, der bei der Festsetzung der Vertragsbedingungen den Mäkler und dessen Vergütung berechnet und die Möglichkeit hierzu rechtzeitig erhalten muß, kann zwar, bevor die Bindung gemäß § 313 eingetreten ist, noch das Veräußerungsgeschäft beliebig beseitigen. Er wird dann aber in die Zwangslage gebracht, den Mäkler, obschon er bei rechtzeitiger Kenntnis seiner Tätgkeit nicht oder doch anders abgeschlossen hätte, zu bezahlen oder dem anderen Teile die Vertragstreue zu brechen. Sollte ein solcher Rechtsgrundsatz nicht gelten, so ist doch die vorstehende Beurteilung gemäß §§ 157, 242 dann gegeben, wenn der Mäkler geflissentlich erst, nachdem er von dem endgültigen Einvernehmen zwischen Verkäufer und Käufer gehört hatte, seine Tätigkeit jenem bekannt gegeben, also seine Gebühr arglistig erschlichen hat. **b)** OLG. **12** 87, PuceltsZ. **06** 28, R. **06** 44 (Colmar) — s. bereits IDR. **4** zu § 654 Ziff. 3 —: kein Anspruch auf Mäklerprovision bei Verheimlichung des wirklichen Kaufliebhabers und arglistiger Täuschung. S. a. u. Ziff. 4 b u. § 654 Ziff. 2. **c)** OLG. **12** 85, R. **06** 442 (Bamberg). Der Mäkler darf nicht gegen die Interessen des Auftraggebers handeln, insbesondere dem Zustandekommen des Geschäfts mit dem von ihm selbst nachgewiesenen Kauflustigen nicht entgegenwirken. Ein Entgegenwirken ist jedoch nicht schon darin zu finden, daß er dem Kaufliebhaber auch noch andere Kaufobjekte angibt, wohl aber dann vorhanden, wenn er ihm wider besseres Wissen die unwahre Äußerung gemacht hat, daß das Hotel des Auftraggebers bereits verkauft sei. Hierin liegt eine Verletzung der Vertragstreue. **d)** SeuffBl. **06** 138, R. **06** 935 (Stuttgart). Ein Mäkler, der seinen Auftraggeber arglistiger- oder fahrlässigerweise durch unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse eines Kaufliebhabers in Irrtum versetzt und dadurch zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, ist seinem Auftraggeber schadensersatzpflichtig. Letzterem steht hieraus die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber der Mäklerlohnforderung zu (§ 320).

4. Erfordernis des Kausalzusammenhanges. Kenntnis. Absichtliche Ausschaltung des Mäklers. S. IDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 5. **a)** **RG.** IW. **06** 741. Der ursächliche Zusammenhang ist nur dann gegeben, wenn der Auftraggeber den Vertrag bewußterweise auf Grund der Tätigkeit des Mäklers abschließt, indem nur in einem solchen Falle von einer Annahme der Dienste des Mäklers seitens des Auftraggebers gesprochen werden kann. Dies gilt, wie früher (vgl. **RG. 31** Nr. 65), so auch jetzt. **b)** Sächs. RpflA. **06** 431 (Dresden) tritt dem **RG. 31** 289 und SächsA. **15** 84 (Dresden) bei, wonach das Zustandekommen des Vertrags infolge der Tätigkeit des Mäklers nur dann feststeht, wenn der Auftraggeber von solcher Tätigkeit vor dem Abschlusse Kenntnis erhalten hat. Wenn nach den Umständen des Falles der Auftraggeber damit rechnen konnte, daß der ihn besuchende Kaufliebhaber ohne eine vorherige Vermittlertätigkeit des Mäklers zu ihm kam, so lag für ihn auch kein Anlaß vor, sich bei diesem vor dem Vertragsabschlusse über seine Tätigkeit zu erkundigen. Vielmehr lag es diesem ob, dem Auftraggeber von seiner Vermittlertätigkeit rechtzeitig Kenntnis zu geben. **c)** SächsRpflA.

06 430, R. 06 1259 (Dresden). Zur Vermittelung ist erforderlich, daß beide Kontrahenten wissen, daß zwischen ihnen vermittelt werden soll. Wenn die Tätigkeit einer Person sich darauf beschränkt, einen Dritten in irgendeiner Richtung zu beeinflussen, um ihn zu einem Vertragschlusse zu treiben, insbesondere wenn sie den Dritten lediglich durch Erteilung von Rat und Auskunft zum Vertragsschlusse anspornt, ohne daß diesem bewußt wird, daß eine zwischen ihm und dem anderen Beteiligten vermittelnde Tätigkeit ausgeübt werden soll, so liegt eine Vermittelung nicht vor. Die Hauptaufgabe des Vermittlers, nämlich die auseinanderstrebenden Willensrichtungen der Beteiligten einander zu nähern und womöglich zu vereinigen, tritt hier gar nicht in die äußere Erscheinung. (Über Kondiktion der für solche Tätigkeit versprochenen Summe — wobei es sich also nach obigem nicht um Mäklergebühr, sondern um das Versprechen eines Lohnes handelt — vgl. u. zu § 817 Ziff. 6.) **d)** BadRpr. 06 340 (Karlsruhe). „Vermittelung" liegt nur vor, wenn es auf die Tätigkeit des Mäklers als Ursache zurückzuführen ist, daß die Kunden mit dem Auftraggeber in Verhandlungen getreten sind. Können dagegen seine Bemühungen nicht als die Ursache der Geschäftsbeziehungen angesehen werden, sind die Kunden unabhängig davon aus selbständigen Erwägungen dazu gelangt (z. B. weil sie den Auftraggeber längst kannten und entschlossen waren, gegebenenfalls bei ihm zu bestellen), so fehlt es nach der zu unterstellenden Vertragsabsicht an einem inneren Grunde, dem Mäkler eine Provision zuzusprechen, wenn auch von seiner Seite eine gewisse Tätigkeit in der Richtung vorliegt, jene Gelegenheiten zu Geschäftsabschlüssen aufzuspüren. **e)** BadRpr. 06 293, R. 06 1375 (Karlsruhe). Der ursächliche Zusammenhang wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Verhandlungen zunächst abgebrochen und ohne Vermittelung des Mäklers mit Erfolg später wieder aufgenommen wurden. **f)** **RG.** DJZ. 06 1149, R. 06 1259. Wenn ein anderer Vermittler die von dem Kläger aufgegebenen Verhandlungen mit dem Reflektanten selbständig (nicht etwa lediglich auf Veranlassung des Beklagten) wieder angeknüpft hat, der schließliche Kaufabschluß also lediglich auf das Vorgehen des zweiten Vermittlers und nicht mehr auf die — allseitig unterbrochene — Tätigkeit des Klägers zurückzuführen ist, so ist ein Kausalzusammenhang zwischen dieser letzteren und dem Kaufabschluß nicht mehr vorhanden. Beweispflichtig für die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ist der Beklagte. **g)** BayRpflZ. 06 346 (Augsburg). Der ursächliche Zusammenhang wird ausgeschaltet, wenn die vom Mäkler angebahnten Verhandlungen sich wieder zerschlagen haben und abgebrochen werden und erst durch neue wieder aufgenommene Verhandlungen, bei denen der Mäkler nicht mehr beteiligt ist, das Geschäft zum Abschluß gelangt. **h)** OLG. 12 87, PucheltsZ. 06 28, R. 06 441 (Colmar). Es fehlt an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem später wirklich zustande gekommenen Kaufvertrag, wenn der Auftraggeber die durch den Mäkler erwirkte Zusage, an die ihm als Kaufliebhaber bezeichnete Privatperson zu verkaufen, später widerruft, nachdem er erfahren hatte, daß an Stelle der Privatperson die Stadt die Käuferin sei, und wenn darauf ohne weitere Tätigkeit des Mäklers der Kaufvertrag mit der Stadt zustande kommt. Des Mäklers Bemühungen waren durch den Widerruf der Zusage gescheitert. Zu diesem Widerruf war der Auftraggeber mit der Wirkung berechtigt, daß er von Zahlung der Mäklergebühr befreit blieb, sofern er nicht bei nachträglich eigenem Abschluß des vom Mäkler vorbereiteten Vertrags ihn arglistig umgangen hat. Über den Verstoß des Mäklers gegen seine Vertragspflichten s. o. Ziff. 3 b.

5. Freiheit der Entschließung für den Auftraggeber. Widerrufsrecht. S. JDR. 3 Ziff. 6 und die dortigen Verweisungen. **a)** OLG. 12 88, R. 06 441 (Hamburg). Wenn der Auftraggeber in der Annahme, daß er

durch einen anderen Mäkler besser zum Ziele kommen werde, einen zweiten Mäkler annimmt und schließlich dem ersten Mäkler zu einer Zeit kündigt, wo dessen Tätigkeit noch nicht erfolgreich gewesen ist, so ist das weder arglistig noch gegen die guten Sitten. Auch die absichtliche Angabe eines unrichtigen Grundes für die Entziehung des Auftrags kann, sobald die Entziehung berechtigt ist, den Auftraggeber nicht schadensersatzpflichtig machen. **b)** OLG. **13** 392, BraunschwZ. **06** 165 ff. (Braunschweig). Der Mäklervertrag ist jederzeit frei widerruflich, und zwar mit dem Erfolge, daß der Mäkler, abgesehen von Ausnahmefällen, weder seine Provision noch sonst für seine Bemühungen oder Auslagen Entschädigung verlangen kann. Der freie Widerruf kann auch keine Grundlage zu einem Schadensersatzanspruche aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten oder rechtswidrigen Handlung bilden, wenn nicht ausnahmsweise ein Betrug oder ein sonstiger besonderer Grund vorliegt.

6. Bindung bis zu einem Termine. Vgl. IDR. **1** Ziff. 2b, **2** Ziff. 8a, **4** Ziff. 8. **a)** OLG. **12** 89, SeuffA. **61** 357, BayerZ. **14** 44, R. **06** 441 (Naumburg). Auf die Widerruflichkeit des Auftrags kann ganz oder teilweise verzichtet werden. (Ein solcher Verzicht liegt in der Klausel: „Dieser Auftrag gilt als fest und unwiderruflich bis zum 1. 10. 04.") Der Auftraggeber übernimmt also folgende Verpflichtungen: α. Die Zahlung des Mäklerlohns für den Fall der erfolgreichen oder nach Treu und Glauben als erfolgreich anzusehenden Vermittelungstätigkeit des Mäklers (s. u. Ziff. 7a). β. Die Unterlassung des Verkaufs an einen vom Mäkler nicht zugeführten Käufer bis zum 1. 10. 04. Setzt sich der Auftraggeber selber durch den früheren Verkauf an einen vom Mäkler nicht zugeführten Käufer schuldhaft außerstande, seiner Verpflichtung zu 2 nachzukommen, so macht er sich nach den §§ 280, 325 schadensersatzpflichtig. Der Schaden besteht in der dem Mäkler entgangenen Provision (vgl. **RG.** IW. **05** 339). Im Gegensatze zu **RG.** IW. **05** 73, welches vom Mäkler auch hier den Nachweis verlangt, daß er ohne das vertragswidrige Verhalten des Auftraggebers bei verständiger Würdigung der Verhältnisse den Verkauf tatsächlich vermittelt hätte, wird vom OLG. Naumburg dem Auftraggeber der Beweis auferlegt, daß sein vertragswidriges Tun für den Mißerfolg des Mäklers nicht kausal geworden ist, daß letzterer die Provision nicht verdient haben würde, selbst wenn er, der Auftraggeber, bis zum 1. 10. 04 gewartet hätte. (Das gleiche Prinzip ist im § 287 enthalten.) Denn es ist vor allem zu erwägen, daß dem Mäkler nicht mehr zuzumuten ist, weitere Bemühungen aufzuwenden, sobald er erfährt, daß diese unnütz sein würden, da der Auftraggeber schon anderweit abgeschlossen hat. **b)** OLG. **12** 87, R. **06** 441 Ziff. 1055 (Dresden). Nachdem sich der Mäkler, entgegen der regelmäßigen Natur des Mäklervertrags, zur Leistung von Diensten verpflichtet hat, kann nicht anders angenommen werden, als daß nach dem Willen der Parteien ihre vertragsmäßige Bindung gegenseitig und also auch der Auftraggeber nicht mehr berechtigt sein sollte, die Ausführung des Vertrags jederzeit durch Kündigung zu hindern und sich unter Ablehnung der Dienste des Mäklers seinen vertragsmäßigen Verpflichtungen, besonders auch derjenigen zur Gewährung der vereinbarten Vergütung zu entziehen. Der Mäklervertrag hat in diesem Falle den Charakter eines bedingten Lohnversprechens verloren und denjenigen eines zweiseitigen Vertrags angenommen.

7. Annahmepflicht des Auftraggebers nach Treu und Glauben. **a)** OLG. **12** 89, SeuffA. **61** 357, BayerZ. **14** 44, R. **06** 441 (Naumburg). Zwar kann der Geschäftsherr nicht gezwungen werden, die vom Mäkler ihm zugeführten Kontrahenten anzunehmen und mit ihnen den zu vermittelnden Vertrag abzuschließen. Jedoch würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Geschäftsherr nach Willkür die Vorschläge des Mäklers ablehnen und ihn so um

die Provision bringen würde. Hat der Mäkler seinem Auftraggeber einen Käufer zugeführt, den unter gleichen Verhältnissen ein vor- und umsichtiger Geschäftsmann akzeptieren würde, liegt der Abschluß des Vertrags mit dem zugeführten Käufer offensichtlich im Interesse des Auftraggebers, so muß trotz der Ablehnung seitens des letzteren im Verhältnisse zwischen ihm und dem Agenten die Sache so angesehen werden, als hätte dieser den Vertrag erfüllt und eine erfolgreiche Mäklertätigkeit entwickelt (vgl. o. Ziff. 6a). **b)** BadRpr. **06** 50 (Karlsruhe). Die neben der Kommissionsnote getroffene mündliche Vereinbarung, daß die Provision erst nach Lieferung zu zahlen sei, bewirkt, daß der Anspruch des Mäklers durch den Vollzug des Kaufes bedingt ist. Der Erfüllung dieser Bedingung steht ihre dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruchs gerichtete Vereitelung gleich, nicht aber einfache Nichterfüllung seitens des Verkäufers.

8. Begriff der Vermittelung. S. JDR. **3** Ziff. 7, **4** Ziff. 7. BadRpr. **06** 155 (Karlsruhe). Keine Kaufvermittelung liegt vor, wenn der Beauftragte zwar die nachmaligen Kaufliebhaber ausfindig machte, sie dem Auftraggeber benannte und sich um das Zustandekommen des Kaufes auch bemühte, wenn aber der Entschluß der Kaufliebhaber, das Haus zu kaufen, nicht durch seine Tätigkeit, sondern erst durch die eines anderen Agenten zur Reife gebracht wurde. Wohl aber kann in der Tätigkeit des ersteren der Nachweis der Gelegenheit zum Kaufabschlusse gefunden werden.

9. Geschäft mit abweichendem Inhalt. S. JDR. **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 6. **a)** SächsRpflA. **06** 77, R. **06** 858 Ziff. 2097 (Dresden). Wenn dem Mäkler die Mäklergebühr nur für die Vermittelung eines wirklichen Kaufes zugesagt ist und selbst dann nur unter der Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit des Käufers, so ist die Gebühr nicht verdient, wenn die Übereignung des dem Auftraggeber gehörigen Grundstücks infolge eines Tausches stattgefunden hat. Trotz der wesentlichen Gleichheit beider Verträge in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vom Standpunkt des Veräußerers besteht der folgende erhebliche wirtschaftliche Unterschied: der Verkäufer erhält mit der ihm gebührenden Geldsumme einen Wert, der ihm sofort nach freiem Ermessen eine ganz beliebige Verwendung zu seinen Gunsten gestattet, während derjenige, welcher eine Sache vertauscht, zunächst immer nur auf den Gebrauch der ihm hierfür überlassenen fremden Sache und auf den ihm hieraus erwachsenden Nutzen beschränkt bleibt. Dieser Unterschied muß zur Versagung der Mäklergebühr namentlich in einem Falle führen, wo dem Mäkler ausdrücklich die Zuführung eines zahlungsfähigen Käufers zur Pflicht gemacht worden ist, ein Kauf aber gerade daran scheitert, daß der Erwerber die vom Veräußerer für sein Hausgrundstück geforderte bare Anzahlung nicht zu gewähren vermag. **b)** OLG. **12** 86, SeuffA. **61** 967, R. **06** 441 (Hamburg) — s. bereits JDR. **4** Ziff. 6 —: (Statt Kaufabschlusses: Beteiligung am Fabrikunternehmen mit Kapitaleinlage).

10. Einzelne Fälle und Einzelheiten. **a)** Darlehnsvermittelung. S. JDR. **4** Ziff. 9b. R. **06** 682 (Jena). Ein Mäklervertrag über Beschaffung eines Darlehens kann u. U. auch dahin ausgelegt werden, daß der Mäklerlohn schon verdient sein soll, falls Kläger dem Beklagten ein Darlehen nachgewiesen, dieser das Darlehen akzeptiert hat und zwischen diesem und der Darlehnsgeberin ein bindender Vertrag zustande gekommen ist.

b) Grundstückskauf. Auflassung als Bedingung. α. BadRpr. **06** 265 (Karlsruhe). Ist in dem Grundstücksveräußerungsvertrag die Auflassungserklärung späterer Erwägung anheimgegeben und auf die Nichterfüllung eine Vertragsstrafe gesetzt, so liegt Abschluß unter einer aufschiebenden Bedingung vor (§ 158 Abs. 1). β. **RG.** JW. **06** 134, BadRpr. **06** 100, R. **06** 505, 801. Der Umstand, daß neben dem Kaufvertrag über ein Grundstück nicht zugleich auch

die Auflassung erklärt und daß in jenem auf die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten zur Erklärung und zur Entgegennahme der Auflassung eine Vertragsstrafe gesetzt worden ist, macht den kausalen Kaufvertrag nicht zu einem durch das spätere Hinzutreten der Auflassung aufschiebend bedingten Vertrag. Deshalb hat der Mäkler, da der Vertrag als unbedingt abgeschlossen gelten muß, die bedungene Mäklergebühr zu beanspruchen. Der Anspruch auf sie wird auch nicht dadurch beeinflußt, daß der beklagte Verkäufer demnächst nicht auf der Erfüllung des Kaufvertrags bestanden, sondern die Vertragsstrafe von den Käufern gefordert hat. Denn nach § 340 bildet diese nur einen Ersatz der Erfüllung. (Nicht ganz undenkbar und rechtlich an sich möglich ist es, daß die Parteien die rechtliche Wirksamkeit des Kausalgeschäfts durch besondere Vertragsbestimmung davon abhängig machen, daß demnächst die Auflassung des Erfüllungsgeschäfts wirklich erfolgt.)

c) OLG. **13** 392, BraunschwZ. **06** 165 ff. (Braunschweig). Der Vertrag, durch den jemand gegen Entgelt bevollmächtigt wird, für Rechnung des anderen dessen Grundstück im ganzen oder parzellenweise zu verkaufen, die Kaufbedingungen festzusetzen, die Auflassungen zu erteilen, über den Empfang der Kaufgelder zu quittieren usw., ist ein Mäklervertrag. Hiergegen spricht nicht der Umstand, daß nicht nur die Vermittelung, sondern der selbständige Abschluß der Kaufverträge übertragen ist, denn ein derartiger zweiter Vertrag kann sich an den Mäklervertrag anschließen. Vgl. o. § 631 Ziff. 7.

d) OLG. **12** 85, R. **06** 442 (Bamberg). Der Auftrag, sich um den Hotelverkauf zu bemühen, ist dahin auszulegen, daß die Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufes nachgewiesen werden sollte.

e) Provisionsberechnung beim Tausche. OLG. **12** 91, R. **06** 442 (Karlsruhe). Daraus, daß bei dem Tauschvertrage jeder der Kontrahenten zugleich als Verkäufer und Käufer anzusehen ist, folgt noch nicht, daß auch bei Berechnung der Provision das Geschäft so anzusehen sei, als ob zwei Objekte verkauft würden. Vielmehr erscheint es angemessen, daß die Provision, wie sie beim Kaufe nur nach der Leistung des einen Vertragsteils, nämlich nach der Kaufsumme, so auch beim Tausche nur nach dem Preise der wertvolleren Liegenschaft bemessen wird. Denn das Vorhandensein zweier Objekte steigert die Vermittlertätigkeit in der Regel in erheblicher Weise nicht. Wo dies aber der Fall ist, bleibt es dem Agenten überlassen, eine besondere Vereinbarung zu treffen.

f) PucheltsZ. **06** 28 (Colmar). Wenn bei Abschluß des Kaufvertrags der Käufer es übernimmt, etwaige Lohnansprüche des Mäklers gegen dem Verkäufer zu befriedigen und der Mäkler in Kenntnis dieser Abmachung seinen ihm angeblich gegen den Verkäufer zustehenden Anspruch bei dem Käufer geltend macht und sich mit einer Vergleichssumme befriedigt erklärt, so ist durch Annahme der Zahlung seine Forderung erloschen.

g) OLG. **12** 88, R. **06** 442 (Karlsruhe). Wenn der Mäkler zum Zwecke der Herbeiführung eines Kaufes von einem ihm zur Verfügung gestellten Grundstücksplan Pausen anfertigt und besonders für das Straßendurchführungsprojekt Pläne und Eingaben entwirft, so sind dies Arbeiten, die er in seiner Eigenschaft als Vermittler und im Zusammenhang mit der einmal übernommenen Vermittlertätigkeit, mit Rücksicht auf die in Aussicht stehende Vermittlerprovision leistet, nicht auf Grund eines selbständigen Dienst- oder Werkvertrags. Es handelt sich hier nicht um Aufwendungen im Sinne des § 670 (vgl. § 656 Abs. 2). Beanspruchte der Mäkler hierfür eine besondere Vergütung, so wäre es seine Sache gewesen, dies zum Ausdruck zu bringen.

§ 653. 1. Beweislast. SächsRpflA. **06** 77, R. **06** 858 Ziff. 2096 (Dresden). Wenn der Kläger, welcher unstreitig vom Beklagten um Verhandlung mit einem Dritten wegen eines Darlehens ersucht worden ist, die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung behauptet und der Beklagte demgegenüber vorbringt, er habe die Dienste des Klägers bei der fraglichen Beredung ausdrücklich als Gefälligkeit in Anspruch genommen und ihm nur die unverbindliche Zusicherung einer späteren Anstellung erteilt, so gibt der Beklagte damit eine abweichende Darstellung des Abkommens, er bestreitet den Bestand des klagebegründenden Geschäfts. Also ist Kläger beweispflichtig. Auch wenn man berücksichtigt, daß der Kläger gewerbsmäßig Mäklergeschäfte betreibt und daß der Beklagte dies bei Vertragsschluß gewußt hat, stellt sich seine Behauptung, er habe sich die Unentgeltlichkeit ausdrücklich bedungen, als Bestreiten des Vertragsinhalts dar, so daß der Kläger erst sein Vorbringen beweisen muß, ehe ihm § 653 Abs. 1 zustatten kommt. **RG. 57** 47 trifft nicht zu.

2. Vergütung bei Tausch. BadRpr. **06** 3 (Karlsruhe). Für Vermittelung eines Grundstückstausches hat jede der Parteien von ihrem Objekte die Vergütung (1 pCt. bei Grundstücksverkäufen in Städten nach den Satzungen der Vereinigung Karlsruher Immobilien-Hypotheken-Vermittler) zu leisten, da zwei Veräußerungsgeschäfte in Frage stehen und jeder Teil hinsichtlich seines Grundstücks als Verkäufer zu betrachten ist. Vgl. u. zu § 654 Ziff. 1.

3. Abs. 2. Einzelfälle. **a)** BadRpr. **06** 51, R. **06** 801 Ziff. 1912 (Karlsruhe). Aus den beim Abschluß des Mäklervertrags gebrauchten Worten: „2 pCt. Provision aus dem von mir vermittelten Geschäft" geht nicht hervor, daß der Mäkler, nachdem der von ihm nachgewiesene Kauf- und Pachtliebhaber von dem Auftraggeber dessen Weinhandlung gekauft und die Gebäulichkeiten, in welchen das Geschäft betrieben wird, auf fünf Jahre gemietet hat, außer aus dem Kaufpreise noch aus der ganzen, fünfjährigen Pachtsumme Provision zu beanspruchen hat. Wäre die behauptete Unterredung bewiesen, so würde die allein erhebliche Frage, ob die 2 pCt. aus dem einjährigen Mietzinse oder aus der ganzen Summe zu berechnen seien, unentschieden bleiben. Es würde nur feststehen, daß ein Mäklerlohn überhaupt als vereinbart anzusehen ist. Die Höhe ist daher nach § 653 und mangels einer Übung nach §§ 315, 316 (vgl. JDR. **3** Ziff. 2) zu bestimmen. (Es entspricht nicht der Billigkeit, daß der Mäkler neben der sehr reichlichen und ungewöhnlich hohen Provision von 2 pCt. des Kaufpreises noch 2 pCt. der ganzen Pachtsumme beansprucht, obgleich der Pachtvertrag nicht als selbständiges Geschäft, sondern im Gefolge des Kaufvertrags abgeschlossen wurde und den Mäkler keine besondere Mühewaltung gekostet hat. Eine Provision von 2 pCt. aus dem Jahrespachtzins erscheint daher als angemessene Vergütung.) **b)** Frankf. Rundsch. **06** 114 (Frankfurt a. M.). Die Bestimmung des Frankfurter Gesetzes v. 9. 12. 64, wonach die Gebühr für gewerbsmäßige Vermittelung des Abschlusses von Verträgen über unbewegliche Sachen bei Verkauf oder Kauf von Liegenschaften auf 1/4 pCt. des Kaufpreises festgesetzt ist, ist durch die GewO. nicht beseitigt worden, weil sie keine polizeiliche Taxe darstellt, sondern nur eine zivilrechtliche Auslegungsregel für den Mangel einer Vereinbarung geben will. — Als ortsübliche Höhe der Mäklergebühr bei Immobilien ist in Frankfurt a. M. in Ermangelung einer anderweiten Vereinbarung 1/4 pCt. des Kaufpreises anzusehen. **c)** Schiffskäufe in Hamburg. HansGZ. **06** (Hauptbl.) 296 (Hamburg). Das OLG. hält auf Grund eines Sachverständigengutachtens 1 pCt. vom Kaufpreis als Vergütung für den ankaufenden Mäkler bei Schiffsversteigerungen in Hamburg für allgemein üblich und wendet diesen Satz auch für den Fall an, daß der kaufende Mäkler zugleich als Verkaufender die Versteigerung abhält; denn bei prozentual bemessenen Pauschalsätzen im allgemeinen und für die Mäkler-

tätigkeit im besonderen kommt es auf die im einzelnen Falle aufgewendete Zeit und Mühe nicht an.

§ 654. 1. BadRpr. **06** 3 (Karlsruhe). Die im Interesse beider Teile entfallende Tätigkeit entspricht durchaus der Natur des zu vermittelnden Tauschgeschäfts. Vgl. o. § 653 Ziff. 2.

2. OLG. **12** 87, PucheltsZ. **06** 28, R. **06** 441 (Colmar) s. bereits JDR. **4** Ziff. 3 und o. zu § 652 Ziff. 3b.

3. S. ferner JDR. **3** Ziff. 1, 2, **4** Ziff. 1, 4.

§ 656. 1. **RG.** SeuffBl. **06** 577. Durch § 656 Abs. 1 wird auch die Klagbarkeit eines Anspruchs auf Erstattung von Auslagen, die durch die Ehemäklertätigkeit entstanden sein sollen, ausgeschlossen. Vgl. a. u. Ziff. 6.

2. **RG.** JW. **06** 713, BadRpr. **06** 345. Durch die Bestimmung des § 656 sollen einerseits die entgeltliche Heiratsvermittelung als unsittlich gekennzeichnet, andererseits Prozesse über solche Vermittelungen wegen des mit ihnen so häufig verbundenen Ärgernisses abgeschnitten werden. Auch soll den höchst bedenklichen suggestiven Einflüssen entgegengetreten werden, welche von Ehemäklern oft angewendet werden. Diese Gesichtspunkte können da nicht Platz greifen, wo jemand seine Tätigkeit darauf beschränkt, die tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse hinwegzuräumen, die sich dem Vorhaben der aus freier Wahl schon vorher zur Ehe Entschlossenen entgegenstellen. Sonst müßte man auch die Bemühungen eines Rechtsanwalts, die erforderliche elterliche Einwilligung zu erwirken, für unsittlich erklären. Wer den zur Ehe Entschlossenen zu diesem Vorhaben durch Gewährung von Geldmitteln oder sonst mit Rat und Tat Hilfe leistet, ist nicht Heiratsvermittler im Sinne des § 656.

3. Vergleich. **RG.** R. **06** 1375. Daraus, daß das Gesetz verbietet, den Ehemäklerlohn zum Gegenstand einer gerichtlichen Verfolgung zu machen, ist noch nicht die Ungültigkeit eines Vergleichs zu schließen, der gerade die Frage betrifft, ob ein klageloser Vertrag nach § 656 vorliegt. Wesentlich ist nur, ob wirklich und ernsthaft über die Frage gestritten wurde. Vgl. u. § 779 Ziff. 2d.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 968. Bestätigt wird die Annahme des Berufungsgerichts, daß das Ausbedingen oder die Gewährung eines Lohnes für die Vermittelung der Ehe etwas so Unsittliches sei, daß mit der Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung eines solchen durch die zukünftige Schwiegermutter in keinem Falle hätte gerechnet werden können. Diese hätte sich zur Übernahme und zur Tilgung der Wechselschuld ihres zukünftigen Schwiegersohns nicht verstanden, wenn ihr bekannt gewesen wäre, daß diese aus dem Versprechen eines Heiratsmäklerlohns herrühre. Diese Annahme, welche auf Erwägungen gegründet ist, die dem sittlichen Empfinden der sozialen Kreise, denen jene angehört, entnommen sind, wird nicht durch die dem § 656 zugrunde liegende Auffassung berührt, welche übrigens auch die rechtliche Wirksamkeit des Versprechens eines Ehemäkellohns mindestens in hohem Maße beschränkt.

5. Hingabe eines Wechsels. S. JDR. **2** Ziff. 3a, **3** Ziff. 1. **a)** Abs. 1 Satz 2. SeuffA. **61** 187, DJZ. **06** 1156, R. **06** 1078 (Braunschweig). Die Hingabe von Akzepten zur Zahlung eines vom Kläger der Beklagten versprochenen Honorars für eine (übernommene, aber noch nicht ausgeführte) Heiratsvermittelung enthält eine Erfüllung des Versprechens des Klägers im Sinne des § 656 Abs. 1 Satz 2 nicht. Bis zur freiwilligen Zahlung der Wechsel hatte die Beklagte sie ohne rechtlichen Grund, und Kläger war berechtigt, sie aus diesem Gesichtspunkte zurückzufordern. — **b)** Abs. 2. **RG.** SeuffBl. **06** 577. Wie unter § 762 Abs. 2, so fällt unter § 656 Abs. 2 auch die zu dem bezeichneten Zwecke erfolgende Eingehung einer Wechselverbindlichkeit.

6. Bayerisches Privatrecht. RG. SeuffBl. **06** 577. Nicht § 656, sondern bayerisches Partikularrecht kommt gemäß Art. 170 EGBGB. in Anwendung, wenn es sich um einen in Bayern mit Beziehung auf eine in Bayern zu entwickelnde Vermittelungstätigkeit und zwar bereits im Jahre 1899 abgeschlossenen Ehemäklervertrag handelt. S. a. o. Ziff. 1.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657. 1. Örtmann, Eine neue Theorie der Auslobung, ÖstZBl. **24** 785—799, wendet sich gegen Kohlers Auffassung (JDR. **3** Ziff. 1d). Sicher sei, daß es nicht gerade ein Werkvertrag sein müsse, der durch Auslobung und Leistung zustande komme (789—792). Wichtiger sei, ob die Auslobung überhaupt zu irgendeinem Vertragsschlusse führe. Verneint (792—799), weil sich die Auffassung mit dem Vertragsbegriff in unüberbrückbaren Widerspruch setze.

2. Auslobung und Wette. S. JDR. **3** § 657 Ziff. 1, § 762 Ziff. 3, **4** § 657 Ziff. 2. PucheltsZ. **05** 8 ff. (Cöln). Urteil in Sachen Hoensbroech wider Dasbach, vgl. JDR. **4** § 657 Ziff. 2.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Einzig und allein die Streitfragen des § 676 haben sich im Berichtsjahr der literarischen Beachtung zu erfreuen gehabt. Namentlich Alsberg hat sehr eingehend die Haftung des Bankiers bei Empfehlung von Wertpapieren behandelt. In interessanter Weise wird vom OLG. Stuttgart (§ 676 Ziff. 2bα) die Spezialfrage bei Spekulationspapieren beleuchtet. Im übrigen waren nur eine Reihe von nicht allzu belangreichen Einzelfällen zu vermerken.

§ 662. 1. RG. ElsLothJZ. **06** 98. Der von einer Witwe für sich und ihre Kinder zusammen einem Anwalt behufs Erlangung eines Ersatzes für einen der ganzen Familie durch den Tod des Ehemanns und Vaters zugefügten Schaden erteilte Auftrag ist rechtlich als eine Mehrheit von Aufträgen für die einzelnen Familienmitglieder anzusehen, da der Ersatzanspruch nur den einzelnen Gliedern besonders zusteht. Der Anwalt kann daher jeden einzelnen der mehreren ihm zusammen erteilten Aufträge besonders annehmen oder ablehnen und jeden in besonderer Weise ausführen und auch nachträglich kündigen.

2. SächsOLG. **27** 524 (Dresden). Wer bei einer Grundstücksversteigerung auf Anraten des Versteigerungsrichters die Anmeldung einer Zinsforderung, die ihm zum Zwecke der Anmeldung zediert war, zurücknimmt, haftet aus schuldhafter Nichterfüllung des Auftrags. S. a. u. zu § 665 Ziff. 2.

3. Über einen Grenzfall von Auftrag und Gesellschaft s. u. zu § 705 Ziff. 2c.

§ 664. SeuffA. **61** 410 (Bamberg). Derjenige Beauftragte, der eine Versteigerung mit Genehmigung des Auftraggebers einem Gerichtsvollzieher überträgt, ist aus § 664 nicht in Anspruch zu nehmen, wohl aber dann, wenn er dem Gerichtsvollzieher die nötigen Instruktionen nicht erteilt.

§ 665. 1. BauersZ. **14** 37 (Rostock) verneint die Anwendung der §§ 665 u. 683 in einem Falle, in welchem jemand einen anderen bevollmächtigt hatte, für ihn Aktien zum Betrage von 10 000 M. unter der Bedingung zu zeichnen, daß die maschinelle erste Einrichtung der Fabrik durch ihn zu liefern sei, und dieser — wegen der Unzulässigkeit einer bedingten Zeichnung — bedingungslos zeichnete; es wäre zulässig gewesen, gemäß § 186 HGB. den besonderen Vorteil der Maschinenlieferung für den Kläger in dem Gesellschaftsvertrage festzusetzen, oder aber er mußte von der Aktienzeichnung überhaupt absehen. Eine solche Zeichnung von 10 000 M. war so erheblich verschieden von derjenigen gegen Lieferung der maschinellen Einrichtung der Fabrik, daß sie nicht nur völlig außerhalb des Rahmens des Auftrags lag, sondern auch nicht als eine nach § 665 zulässige Abweichung angesehen werden kann (deshalb auch § 683 verneint).

2. SächsOLG. **27** 524 (Dresden). Wer eine im Auftrage geschehene Anmeldung einer Zinsforderung bei einem Versteigerungstermine zurücknimmt, handelt nicht den Weisungen des Auftraggebers entgegen, sondern macht eine bereits vollendete Auftragsausführung rückgängig. S. a. o. zu § 662 Ziff. 2.

§ 666. DJZ. **06** 489, R. **06** 560 Ziff. 1266 (KG.). Erzielt ein Inkassoinstitut keine Einnahme aus der ihm überwiesenen Forderung, so wird es dadurch seiner Rechnungspflicht nicht enthoben. Natürlich genügt die Mitteilung, daß nichts vereinnahmt ist, dagegen enthält die bloße Rückgabe der Schuldtitel und Grundlagen des Forderungsrechts keine Abrechnung.

§ 667. HansGZ. **06** Beibl. 311 (Hamburg). Bei cif-Geschäften hat der Verkäufer die Fracht für die übersandte Ware zu bezahlen. Wird diese Zahlung nun im regelmäßigen Geschäftsgange nicht vom Verkäufer persönlich, sondern von dem Käufer in seiner Eigenschaft als Empfänger gemacht und wird mit Rücksicht hierauf von vornherein von dem Fakturenbetrage der Frachtbetrag in Absatz gebracht, so läuft neben dem Kaufvertrag ein Auftragsverhältnis her. Der Käufer erhält stillschweigend den Auftrag, für Rechnung des Verkäufers bei Eingang der Ware die Fracht an den Reeder zu bezahlen, und es wird ihm deren Betrag im voraus von seinem Auftraggeber durch Absatz an dem Fakturenbetrage übermittelt, für die von ihm zu machende Aufwendung wird ihm ein Vorschuß gezahlt. Kommt es demnächst nicht zur Frachtzahlung, so ist der Käufer gemäß § 667 verpflichtet, seinem Auftraggeber den ihm vorschußweise gezahlten Frachtbetrag herauszugeben.

§ 670. 1. Beweislast. **RG.** SeuffA. **61** 141, R. **06** 800 Ziff. 1913. Der Auftraggeber, der auf Ersatz der Aufwendungen verklagt ist und vorherige Zahlung derselben behauptet, ist hierfür beweispflichtig, er behauptet damit Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit. S. a. HoldheimsMSchr. **06** 42.

2. HessRspr. **6** 156 (LG. Gießen). Mietet der Gerichtsvollzieher einen Raum für von ihm im Auftrag eines Gläubigers gepfändete Sachen, so ist der Mietzins als Aufwendung im Sinne des § 670 anzusehen und dem Vermieter mangels eines speziellen Auftrags seitens des Mandanten vom Gerichtsvollzieher zu erstatten, der sich seinerseits gemäß § 670 an seinen Mandanten halten darf.

§ 672. *Erlanger, Die Abhebung von Bankguthaben nach dem Tode des Kunden, BankA. **5** 131 ff. Der Geschäftsfreund der Bank kann die im Falle seines Todes mit der Prüfung der Erblegitimation verbundenen Schwierigkeiten dadurch vermeiden, daß er zu seinen Lebzeiten eine dritte Person beauftragt und ermächtigt, im Falle seines Todes sein Guthaben bei der Bank zu erheben, und der Bank die Erteilung dieser Vollmacht anzeigt. Ein solcher Auftrag für den Todesfall (mandatum post mortem), der bereits von dem römischen Rechte in einzelnen Fällen zugelassen wurde, und für das gemeine Recht wiederholt richterliche Anerkennung gefunden hat, kann auch unter der Herrschaft des BGB. formlos wirksam erteilt werden. Die Bestimmung des § 672 spricht dies zwar nicht unmittelbar aus, unterstützt aber wesentlich die hier vertretene und in der historischen Entwickelung begründete Ansicht.

§ 675. 1. **RG.** JW. **06** 109 Ziff. 7. In der Übernahme der Verpflichtung, Forderungen eines anderen einzukassieren und beizutreiben, ist ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienst- oder Werkvertrag zu finden.

2. KGBl. **06** 90, R. **06** 1375 Ziff. 3286 (KG.). Wenn dem als Prozeßbevollmächtigten fungierenden Rechtsanwalte die Prozeßvollmacht nicht direkt von der Partei, sondern ohne deren Wissen von dem seitens derselben bestellten, beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Anwalt erteilt ist, so entstehen doch direkte Vertragswirkungen für und gegen die Partei.

3. PosMschr. **06** 130, R. **06** 1375 Ziff. 3283 (Posen). Dienstverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, können von dem Dienstverpflichteten, wenn nicht besondere abweichende Bestimmungen entgegenstehen, ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.

§ 676. Literatur: Alsberg, Die Haftuug des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, HoldheimsMSchr. **06** 321—326. — Bendix, Rat und Empfehlung, SeuffBl. **06** 2—12. — Hertzer, Die Haftpflicht der Eisenbahn und ihrer Bediensteten für Erteilung von Auskunft, Rat oder Empfehlung, EisenbE. 22 407—411.

1. Rat und Empfehlung im allgemeinen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 2, **4** Ziff. 1. **a)** Bendix. Die Erteilung von Rat und Empfehlung kann innerhalb eines Vertragsverhältnisses zu den Obliegenheiten der einen Vertragspartei gehören, ohne seinen Inhalt auszumachen. Die Haftung bestimmt sich alsdann in erster Linie nach den für das konkrete Schuldverhältnis maßgebenden Vorschriften; in Ermangelung solcher nach den allgemeinen, insbesondere §§ 276 ff. BGB., § 347 HGB., §§ 82, 89 KO. — Daneben diejenigen Fälle, bei denen der Vertrag gerade auf Gewährung einer sachgemäßen Auskunft gerichtet ist, bei denen die Leistungspflicht des einen Vertragsteils sich gerade in der Raterteilung im wesentlichen erschöpft (Mandat, Dienst-, Werk-, besonderer Garantievertrag). Auch dann regelt sich die Vertretungspflicht wie oben. (Erörterung einiger oberstrichterlicher Entscheidungen: **ROHG. 19** 196 ff., **24** 345, **RG. 20** 19, **55** 229, **52** 373, **ROHG. 22** 119, **RG. 42** 125, **52** 365, **27** 118 ff.) — Haftung aus unerlaubter Handlung 8 ff. — **b)** *Zitelmann (s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5). Raterteilung außerhalb eines Vertragsverhältnisses. Vorsätzlich schlechte Raterteilung macht nach § 826 haftbar; bei nicht vorsätzlich schlechter Raterteilung haftet, wenn durch die Befolgung des Rates eine Verletzung des Körpers oder des Eigentums usw. eintritt, der Ratgeber nur, wenn er den schlimmen Erfolg voraussah oder voraussehen mußte, und wenn er zugleich voraussah oder voraussehen mußte, daß der Ratnehmer gerade infolge des Ratschlags so handeln werde, wie er gehandelt hat.

2. Die Haftung des Bankiers insbesondere. S. JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 3b, 4, **4** Ziff. 1. **a)** *Alsberg. Der Rechtsgrund der Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren kann nicht in einer zwischen den Parteien bestehenden Geschäftsverbindung gefunden werden, da eine Geschäftsverbindung unmöglich als ein Rechtsverhältnis aufgefaßt werden kann. Die Begründung in **RG. 27** 118 ff. ist nichtssagend. Ebenso ist es verfehlt, die Raterteilung als einen Bestandteil des nachfolgenden Kauf- oder Kommissionsgeschäfts anzusehen. Die Begründung, die der abgelehnten Auffassung in **RG. 42** 130 gegeben ist, ist nur geeignet, die Ansicht als verfehlt hinzustellen. Vorbereitungen zu einem Geschäft können nicht ein Bestandteil des Geschäfts sein. Die theoretische Auffassung des RG. hat praktische Konsequenzen, welche die Schwäche seiner Theorie und ihrer Anhänger zeigen. — Die Haftung des Bankiers erklärt sich daraus, daß er bei der Raterteiluug eine berufliche Tätigkeit ausübt, daß die Raterteilung für ihn auf dem geschäftlichen Gebiete liegt. Es verstößt gegen alle Rechtslogik, wenn man die rechtsgeschäftliche Natur des auf Raterteilung gerichteten Willens der Parteien einstweilen in der Schwebe läßt, dann aber, und auch nur dann, diesen Willen nachträglich zu einem rechtsgeschäftlichen stempelt, wenn die Raterteilung den Abschluß eines Rechtsgeschäfts zur Folge gehabt hat. Die Raterteilung ist ein Bestandteil der gesamten Geschäftsfähigkeit des Bankiers, nicht aber, wie das RG. willkürlich konstruiert, ein Bestandteil des nachfolgenden Verkaufs- oder Kommissionsgeschäfts. Die Raterteilung liegt für den Bankier auf demselben Gebiet, auf dem seine Verkaufs- oder Kommissionärtätigkeit liegt, — auf dem geschäftlichen. Nur daß diese entgeltlich, jene unent-

geltlich ist. ⇛ In der Abhandlung sind durch einen Druckfehler in den beiden vorhergehenden Sätzen die Worte „seine" und „jene" vertauscht. ⇚ Die Raterteilung des Bankiers erfolgt unentgeltlich, um zu entgeltlicher Tätigkeit zu gelangen. Es besteht ein Auftragsverhältnis. In erster Linie muß feststehen, daß der Kunde durch den Rat des Bankiers zum Abschlusse des Geschäfts veranlaßt worden ist. Anwendung des § 254 BGB. für den Fall, daß der Kunde eigentlich schon zum Abschlusse des Geschäfts entschlossen war und die Meinung des Bankiers gewissermaßen nur zur Bestärkung seiner eigenen Ansicht eingeholt hat. Um den Zusammenhang zwischen dem Rate und dem getätigten Geschäfte nachzuweisen, wird man sich im allgemeinen mit einem äußeren Zusammenhange begnügen müssen. Der Bankier hat nach § 347 HGB. für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen. Zu beachten ist, daß nur die Sorgfalt, die der Handelsverkehr in dem betreffenden Zweige fordert, maßgebend ist, daß aber das Spekulationsgeschäft einen gewissen Wagemut und eine rasche Entschließung oft nicht entbehren kann. — Die Verletzung der erforderlichen Sorgfalt macht nicht schon den Begriff der Fahrlässigkeit aus. Fahrlässigkeit ist Voraussehbarkeit des Erfolges. ⇛ Unrichtig Staub (8) zu § 349 HGB. Anm. 21. Die Entsch. des **RG. 51** 32, auf die verwiesen ist, besagt nicht, daß der Schaden nicht voraussehbar zu sein braucht. Die Entscheidung betont vielmehr, daß die Gefährlichkeit des Vorgehens erkennbar gewesen sein muß, und spricht nur aus, daß nicht gerade die Folgen voraussehbar gewesen sein müssen, welche das Gebaren tatsächlich gehabt hat. ⇚ Es ist, abgesehen von der Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, nötig, daß der Raterteiler die schädliche Wirkung des angeratenen Geschäfts hatte voraussehen können, und daß ihm klar war, sein Ratschlag werde die Eingehung des Geschäfts verursachen. Aus beiden Momenten folgen eine Reihe von Konsequenzen. Aus der Notwendigkeit der Voraussehbarkeit des Erfolges ist insbesondere auch abzuleiten, daß, wenn verschiedene Momente für den Schaden ursächlich waren, der Bankier nur für den Teil des Schadens haftbar gemacht werden kann, der durch die von ihm voraussehbaren Momente verursacht worden ist. — Den Bankier trifft die Beweislast dafür, daß er bei Vornahme des Geschäfts die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hat. — Die Bestimmung des § 254 BGB. ist von besonderer Bedeutung, wenn der Kunde selbst in der Lage war, sich über die Chancen des Geschäfts eine Meinung zu bilden. — Die von Staub zu § 349 in Anm. 19 u. 20 angestellten Erwägungen über die Schadenserwägungen sind praktisch nicht brauchbar. ⇛ In der Abhandlung ist § 349 statt § 343 zu lesen. ⇚ Die von Staub ausgesprochenen Gedanken finden sich nicht in der Entsch. des **RG. 23** 430 ff. ⇛ In der Abhandlung ist Bd. 23 anstatt Bd. 20 zu lesen. ⇚ Es ist bei der Frage der Bedeutung des jeweiligen Kursstandes in erster Linie darauf zu sehen, ob zu der Zeit, zu welcher der Bankier den Rat zum Ankauf des Papiers gab, das Papier schon den Keim zu dem Kurssturz in sich trug, den es später erlitten hat. Im übrigen entscheidet der Börsenkurs nicht schlechthin die Frage, ob ein Schaden entstanden ist. Da der Bankier nur für voraussehbaren Schaden haftet, kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn durch politische oder sonstige Ereignisse ein innerlich nicht gerechtfertigter Kurssturz eingetreten ist.

b) Aus der Rechtsprechung. α. WürttJ. **17** 295 (Stuttgart). Ein Bankier, der im Auftrag eines Kunden für diesen von ihm — dem Bankier — angeratene Spekulationspapiere kauft, haftet dem Kunden vertragsmäßig auf Ersatz des Schadens, den dieser zufolge des Ankaufs der Papiere durch Verschulden (Arglist oder Fahrlässigkeit) des Bankiers erlitten hat. Fahrlässigkeit kann jedoch, wenn die Papiere offenbar zu Spekulationszwecken gekauft werden sollen, in der Raterteilung nur dann liegen, wenn der Bankier bei Anwendung der gehörigen (im

Verkehr erforderlichen) Sorgfalt sich hätte sagen müssen oder sollen, die Spekulation werde vermutlich zu einem ungünstigen Ergebnisse führen, nicht aber schon dann, wenn die dauernde und gleichmäßige Rentabilität der Papiere zweifelhaft erscheinen muß. ß. **RG.** BadRpr. **06** 480. Haftung des Bankiers anerkannt, der einem Kunden entgegen dessen Vorschlag Ankauf nicht mündelsicherer Pfandbriefe angeraten hatte, für deren Verkauf der Bankier Provision erhielt. Es waren in diesem Falle strenge Anforderungen an die Sorgfalt des Bankiers zu stellen.

3. Haftpflicht der Eisenbahn und ihrer Beamten. Hertzer. Ist dem Reisenden eine Fahrkarte am Schalter verabfolgt, oder das Gut mit dem Frachtbriefe von der Versandstation zur Beförderung angenommen, so hat die Eisenbahn damit zugleich die stillschweigende vertragliche Verpflichtung übernommen, dem anderen Kontrahenten (dem Reisenden oder dem Absender des Gutes) in allen den Transport betreffenden Fragen richtige Auskunft zu geben. Diese Verpflichtung hat die Eisenbahn als gewerbsmäßige Transportsunternehmerin zu erfüllen. Die Auskunft oder Empfehlung stellt dagegen einen selbständigen Vertrag dar, sobald die Eisenbahnverwaltungen bzw. deren Organe, wie insbesondere die auf größeren Bahnhöfen befindlichen Auskunftsbureaus, in Ausübung ihrer Amtspflicht und innerhalb ihres dienstlichen Wirkungskreises die Auskunft geben, ohne daß zuvor ein Transportvertrag abgeschlossen ist. — Dieser Vertrag ist, sobald er als ein Bestandteil des Transportvertrags anzusehen ist, wie dieser selbst Werkvertrag. — Handelt es sich um eine Auskunft, die vor Abschluß des Transportvertrags gegeben worden ist, so liegt (da sie unentgeltlich erteilt ist) lediglich Geschäftsbesorgung vor, die als solche den Regeln des Auftrags untersteht. Insbesondere gelten Eisenbahnbedienstete, die in den auf größeren Bahnhöfen befindlichen Auskunftsbureaus tätig sind, nach § 663 als zur Raterteilung an das Publikum öffentlich bestellt.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung (zum 11. Titel): Zitelmann befaßt sich in seiner o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5 im Zusammenhange gewürdigten Arbeit mit zahlreichen begrifflichen Fragen aus der G. o. A. Das Meiste ist oben aaO. mitgeteilt; im folgenden finden sich nur ein paar besondere Bemerkungen. Brückmann hat wiederum eingehend den ärztlichen Ersatzanspruch gegenüber Eheleuten im Falle einseitiger Zuziehung durch den einen oder anderen Teil behandelt; sein Standpunkt ist den Ärzten sehr günstig, da er für eine starke direkte kumulative Haftung der Frau eintritt. Josef verneint (§ 683 Ziff. 3) sehr lebhaft jeden Ersatzanspruch im Falle der Tilgung fremder Schulden. „Nichts widerspricht so sehr meinem wirklichen und von jedermann zu vermutenden Willen, als daß jemand meine Schulden bezahlt, in der Absicht, mich zur Erstattung zu verpflichten." Das klingt, als ob es eine Beleidigung wäre; doch muß man wohl einschränken. — Die Rechtsprechung ist nicht sehr belangreich.

Literatur: Josef, Die zivilrechtlichen Folgen des Selbstmordes, GruchotsBeitr. **50** 29—43. — Ders., Die Verjährung der auf auftraglose Geschäftsführung, Bereicherung, sowie auf Übertragung kraft Gesetzes gegründeten Forderungen und der Erwerb von Erstattungsansprüchen durch auftraglose Zahlung, ebenda 215—230. — Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcivPr. **99** 1 ff.

§ 677. 1. Begriffliche Voraussetzungen. S. JDR. **2** § 679 zu I u. § 683, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1—4. *Zitelmann. **a**) Zum Begriff der Geschäftsführung. Geschäft ist gleich Angelegenheit (104). Es braucht kein Vermögensinteresse zu sein, das der Geschäftsführer wahrnehmen will (110, 127). Geschäftsführung liegt nicht bloß da vor, wo der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn eine Tätigkeit abnimmt, wo er also tut, was jener mutmaßlich selbst getan haben würde, es kommt vielmehr nur darauf an, daß der vom G.führer ver-

folgte Zweck der des G.herrn ist, mag auch der G.führer diesen Zweck auf anderem Wege erreichen, als der G.herr ihn erreicht haben würde (112). **b**) Wille. Wenn der wirkliche oder mutmaßliche Wille des G.herrn, dem die G.führung entspricht, gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, so entsteht weder ein Anspruch des G.herrn gegen den G.führer, noch ein solcher des G.führers gegen den G.herrn (108 ff.) Der wirkliche oder mutmaßliche Wille des G.herrn, dem die G.führung entsprechen muß, ist bei Personen unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft der Wille des gesetzlichen Vertreters (109). **c**) Über G.führung des Arztes, aaO. 111 ff., o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5 II, III. **d**) Über G.führung in Züchtigung eines fremden Kindes aaO. 110 ff. S. Vorbericht; vgl. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5 III.

2. BayRpflZ. **06** 278, R. **06** 1002 Ziff. 2355 (Augsburg). Erste Voraussetzung des Anspruchs aus § 677 ist es, daß das Geschäft mit dem Bewußtsein und Willen ausgeführt wurde, es als ein fremdes für den Geschäftsherrn zu besorgen.

3. **RG.** JW. **06** 420 Ziff. 4, R. **06** 1134 Ziff. 2590, 2591. Nach dem geltenden Gesetze besteht eine Verpflichtung des nicht beauftragten Geschäftsführers, das begonnene Geschäft zu Ende zu führen, grundsätzlich nicht.

4. **RG.** JW. **06** 420 Ziff. 4, R. **06** 1134 Ziff. 2590, 2591. Das Gemeinschaftsverhältnis mehrerer Miterben schließt im Hinblick auf die Bestimmungen im § 744 BGB. (§§ 2038, 2040 BGB.) nicht aus, daß ein Erbe zugleich mit seinem eigenen auch das Geschäft eines anderen Miterben führt.

§ 679. 1. *Zitelmann. a) § 679 verlangt eine gewisse Gefahr im Verzuge und darum eine Unaufschieblichkeit des Eingreifens (113). Pflicht im Sinne des § 679 ist nur eine Rechtspflicht. Wenn § 679 erfordert, daß die Erfüllung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liege, so ist damit nicht das allgemeine öffentliche Interesse gemeint, wie es an der Erfüllung jeder Rechtspflicht besteht, sondern ein durch die Umstände gegebenes besonderes, stärkeres und dringendes (114 ff.). b) Über Erfüllung einer Unterhaltspflicht durch Gewährung ärztlicher Hilfe (113) s. o. zu §§ 241 Ziff. 5 II, III. c) Über die Frage, ob die Verhinderung des Selbstmordes unter Umständen dem § 679 zu unterstellen ist, 115 ff., s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5 III; s. ferner u. Ziff. 3.

2. **a**) OLG. **12** 272 ff., SeuffA. **61** 52 (Celle). Öffentliches Interesse liegt nicht nur dann vor, wenn die Erfüllung der betreffenden Pflicht des Geschäftsherrn im Zivilrechtswege erzwingbar ist; es ist vielmehr gerade dann besonders anzuerkennen, wenn diese Pflicht durch Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur begründet ist. **b**) SchlHolstAnz. **06** 362 ff. (Kiel). Die Unterstützungspflicht einer Gemeinde gegenüber einem Mitgliede ist eine im öffentlichen Interesse liegende. S. weiteres u. Ziff. 5a.

3. Verhinderung des Selbstmordes. S. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 1. Josef, GruchotsBeitr. **50** 29—43, wendet sich (37 ff., 40 ff.) gegen Brückmann, Rechte des Geschäftsführers 157 Anm. 3 (JDR. **3** § 679 Ziff. 1a), und meint, die Voraussetzungen des § 679 seien gegeben, wenn jemand einen Selbstmörder an der Tat verhindere. In zahlreichen Fällen wird ein „entgegenstehender Wille" gar nicht vorliegen. Der Anspruch auf Vergütung steht aber dem Arzte nur gegen den Lebensmüden, eventuell gegen dessen Erben zu. Ein Dritter, z. B. der Hauswirt, der den Arzt behufs Behandlung des Lebensmüden herbeiruft, schließt nicht mit dem Arzte einen Dienstvertrag ab, sondern will ihm nur Gelegenheit geben, eine G.o.A. vorzunehmen, es sei denn, daß anzunehmen ist, daß der Dritte dem Arzte die Behandlung des Lebensmüden überträgt (43).

4. Ersatzanspruch der Armenverbände. S. JDR. **4** zu § 677 Ziff. 6. **a**) Jebens, Zur Frage des Ersatzanspruchs preußischer Armenverbände wider

den Unterstützten, PrVerwBl. **28** 387—391, verneint den Ersatzanspruch und insbesondere sowohl das Vorliegen von G.o.A. als auch von Bereicherung. **b)** BraunschwZ. **06** Beil. I 18 (VGH. Braunschweig). Daß der auftraglose Geschäftsführer, welcher alle in einem Krankenhaus entstehenden Verpflegungskosten monatlich an die Krankenhausverwaltung bezahlt, zu der Zeit, in welcher er die Forderung des Krankenhauses tilgt, die Person des Zahlungspflichtigen vielleicht noch nicht immer kennt, hindert die Konstruktion nach §§ 677 ff. nicht. Er führt in solchen Fällen die Geschäfte dessen, den es angeht. (Die Zahlungspflichtigen sind die Kranken, welche auf eigene Rechnung oder für Rechnung von Krankenkassen u. dgl. das Krankenhaus aufgesucht haben. Geschäftsführer ist die Stadtgemeinde.)

5. Ersatzanspruch gegenüber der Gemeinde. S. JDR. **3** Ziff. 2a zu § 679, § 683 Ziff. 3, **4** Ziff. 1. **a)** SchlHolstAnz. **06** 362 (Kiel). Die unterstützungspflichtige Gemeinde hat dem Arzte, der ein Mitglied ärztlich behandelt, als G. o. A. gemäß der GebO. f. Ärzte zu honorieren, gleichgültig, ob sie mit der Behandlung durch den Arzt einverstanden war oder nicht, da ein öffentliches Interesse vorliegt (§ 679). **b)** OLG. **12** 272 ff., SeuffA. **61** 52, R. **06** 618 Ziff. 1466, 1467 (Celle). Der Arzt, der einem im Ortsarmenverband wohnenden Hilfsbedürftigen in dringenden Fällen Beistand leistet, kann daraufhin aus der G. o. A. nicht nur Ersatz seiner Aufwendungen, sondern auch Zahlung eines angemessenen Honorars verlangen. — Geschäft im Sinne des § 677 ist nicht Rechtsgeschäft im zivilrechtlichen Sinne, vielmehr auch jedes tatsächliche Geschäft. — Es kommt nicht darauf an, ob der Geschäftsherr das Geschäft selbst ausführen kann, oder sich einer Ausführungsperson bedienen müßte. **c)** HansGZ. **06** (Beibl.) 277 (Hamburg). Die Unterbringung einer syphilitisch erkrankten Prostituierten in einem Krankenhause durch die Polizei stellt sich als eine G. o. A. für die zur Krankenhausbehandlung verpflichtete Krankenkasse dar. Da die Erfüllung dieser Verpflichtung im öffentlichen Interesse liegt, kann die Polizeibehörde Ersatz ohne weiteres für die ihr entstandenen Kosten verlangen. **d)** S. ferner u. zu § 687.

6. BayRpflZ. **06** 254 ff. (München) über einen teils nach österreichischem, teils nach deutschem Rechte zu beurteilenden Fall von G. o. A. eines Dritten, der für die getrennt lebende Ehefrau eines Österreichers in München sorgte.

§ 681. **RG.** JW. **06** 420 Ziff. 4. Da wo Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, daß der Geschäftsherr von dem bisher Geschehenen in Kenntnis gesetzt wird, könnte der Geschäftsführer keinenfalls die Unterlassung einer Mitteilung damit rechtfertigen, daß er demnächst von der Geschäftsführung zurückgetreten sei.

§ 683. 1. Ärztliche G. o. A. S. JDR. **2** § 683 zu II 1, **4** § 683 Ziff. 3, §§ 1357, 1360, 1361 zu I 1 und u. zu § 1357. **a)** *Brückmann aaO. begründet eingehend gegenüber Ullmann (JDR. **4** §§ 1360, 1361 zu I 1 b) — unter Aufrechterhaltung seiner JW. **02** 116 ff. ausgesprochenen Ansicht — die Auffassung, daß in dem Tätigwerden des Arztes, der, ohne daß die Frau von dem Manne beauftragt ist, von ihr zugezogen wird und sie in Behandlung nimmt, eine auftraglose Geschäftsführung gegenüber dem Ehemanne zu erblicken ist. Der Arzt hat den Blankettwillen, zu handeln für den, den es angeht. Ein entgegenstehender Wille des unterhaltspflichtigen Mannes kommt nicht in Betracht; doch muß er natürlich den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Ehemanns und immer sein „Interesse" in Rücksicht ziehen. Daneben aber hat der Arzt auch einen ganz zweifellosen direkten Vertragsanspruch gegen die ihn konsultierende Frau: dadurch, daß er mit der Frau einen unmittelbaren Vertrag über ihre ärzliche Behandlung schließt, besorgt er

gleichzeitig für den Mann eine auftraglose Geschäftsführung. Auf das von Ullmann betonte Moment, ob der eine oder andere Teil vermögend ist oder nicht, kommt daher nichts an. — Gegenüber diesem Regelfall gibt es Sondertatbestände: bei Getrenntleben der Ehegatten (§ 1361 I) keine G. o. A. für den Mann. Weiter kann der doppelte Anspruch des Arztes durch besondere Umstände ausgeschlossen werden, insbesondere im Falle des nicht mit einem Pauschale, sondern lediglich für den einzelnen Gang mit festen Preisen honorierten Hausarztes: ruft die Frau den Mann, so kann allein von einer G. o. A. des Arztes für den Mann die Rede sein. Auch kann die Frau den Anspruch des Arztes gegen den Mann vertraglich ausschließen und ausschalten: z. B. wenn der Mann nichts von der Zuziehung wissen will. — 80 ff. besonderes über den Fall, wenn der Ehemann den Arzt annimmt und die Frau sich von ihm behandeln läßt. Er bekämpft vor allem Th. Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis (17 ff., 19), der lediglich zwischen dem Arzte und dem Manne als Fürsorgegeber Beziehungen anerkennen will. Er vertritt folgende Ansicht: der Ehemann ruft und engagiert in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht einen für seine Frau angemessenen Arzt, damit gewinnt er die Stellung eines Dienstvertragsherrn (§§ 675, 611). In Fällen, wo die Frau z. B. infolge schwerer geschäftsunfähig machender Krankheit vertragsunfähig wird, bleibt er der alleinige Vertrags-, nicht aber der alleinige Geschäftsherr. Gleichzeitig mit der Vertragserfüllung gegenüber dem Ehemanne besorgt der Arzt auch hier kraft Naturnotwendigkeit die eigentliche Angelegenheit der Frau ohne Auftrag. Er hat hier einen Vertragsanspruch gegen den Mann und einen Gestionsanspruch gegen die Frau. Ist aber (Regelfall!) die Frau fähig, ihre Geschäfte zu besorgen, so schließt die Frau in demselben Augenblick, wo sie sich mit der Behandlung des von ihrem Manne zugezogenen Arztes einverstanden erklärt, sich also von ihm behandeln läßt, auch für ihre Person einen richtigen Dienstvertrag, der dem Arzt einen vollen Ersatzanspruch gegen die Frau gewährt. — Daneben gibt es wieder einige Sondertatbestände: der Hausarztvertrag, mehr vom Hausherrn als vom Ehegatten geschlossen, verbindet in aller Regel lediglich den Hausherrn zur Zahlung des Honorars. Die Frau kann aber dem Arzte z. B. die Offenbarung des Berufsgeheimnisses dem Manne gegenüber verbieten. Dann entsteht zwischen dem Arzte, der darauf eingeht, und dem Manne erst gar nicht der Vertrag, weil die Frau ihn für sich abschließt. Dann ist sie die allein Verpflichtete. **b**) S. ferner o. zu § 679 Ziff. 1, Ziff. 4.

2. Vergütung für berufliche Tätigkeit. S. IDR. **1** § 670 Ziff. 1, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 4. OLG. **12** 272 ff., SeuffA. **61** 52, R. **06** 618 Ziff. 1468 (Celle). Der dem Geschäftsführer gegebene Anspruch aus § 683 hängt nicht davon ab, daß ihm der Geschäftsherr, für den er auftraglos tätig wird, seiner Person nach bekannt war; vielmehr setzt er nur voraus, daß der Geschäftsführer den Willen gehabt hat, das Geschäft, dessen Fremdheit ihm bekannt war, auf Rechnung der Interessenten zu führen. (S. a. o. zu § 679 Ziff. 4 b.) Zu den „Aufwendungen" des Paragraphen gehört die Aufwendung von Arbeitskraft zwar nicht, es besteht jedoch keine Vorschrift, durch die ein Anspruch auf Vergütung dieser Aufwendung ausgeschlossen würde. Von einer vertragsmäßigen Ausschließung der Entgeltlichkeit wie beim Auftrag kann bei der auftraglosen Geschäftsführung nicht gesprochen werden; die Vergütung widerspricht auch nicht dem Wesen dieser Geschäftsführung. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß, wer auftraglos ein Geschäft besorgt, das in den Kreis seiner beruflichen Tätigkeit fällt, für das er also sonst eine Vergütung enthält, auch dem Geschäftsherrn seine Dienste nur gegen Entgelt zur Verfügung stellen will.

3. Tilgung fremder Verbindlichkeiten. Josef, GruchotsBeitr. **50**

224 ff., verneint für den Regelfall bei wissentlicher Tilgung fremder Verbindlichkeiten den Ersatzanspruch. Nichts widerspricht so sehr meinem wirklichen und von jedermann zu vermutenden Willen, als daß jemand meine Schulden bezahlt, in der Absicht, mich zur Erstattung zu verpflichten. Der Wechsel des Gläubigers widerspricht grundsätzlich dem Interesse des Schuldners. Dies selbst dann, wenn er Zahlung zu leisten zur Zeit außerstande war.

4. Intervention. Reichel, Vortrag in der Jur. Gesellschaft zu Leipzig. Jede Intervention ist Geschäftsführung für den Schuldner. Leistet der Intervenient kraft Ermächtigung (Anweisung, Genehmigung) des Schuldners, so findet die actio mandati contraria statt (§ 670 BGB.). Hat er gehandelt ohne Ermächtigung des Schuldners, so kann er ebenfalls regredieren, wenn seine Einmischung dem Interesse oder dem von ihm zu unterstellenden Willen des Schuldners entsprochen hat. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann nur mit der Bereicherungsklage dasjenige gefordert werden, was der Schuldner tatsächlich erspart hat. — Zur Durchführung dieser Ansprüche steht dem Intervenienten bisweilen die actio cessa der ursprünglichen Forderung mit den Nebenrechten aus § 401 BGB. zur Seite.

5. Aus der Rechtsprechung. **a)** HessRspr. **7** 33 (Darmstadt). Wer ohne Auftrag für eine Bank, die ihm Geld zugesandt hat, an einen Unbekannten, den er den Umständen nach zur Empfangnahme für legitimiert halten konnte, entsprechend dem Interesse und mutmaßlichen Willen der Bank, dies Geld auszahlt, handelt nicht fahrlässig, wenn er nicht über die Person des Empfängers vorher Recherchen anstellt. **b)** BayObLG. **6** 747. Wenn bei Aufnahme eines Schuldanerkenntnisses seitens eines Notars auf Veranlassung des Schuldners und ohne Mitwirkung des Gläubigers ein Dritter als G. o. A. für den Gläubiger das Anerkenntnis annimmt, erwächst dem Notar kein Gebührenanspruch gegen den Gläubiger. Der Gläubiger hat durch die Tätigkeit des Geschäftsführers, auch wenn er ihr nachträglich nicht widerspricht, den Notar nicht im Sinne des Art. 49 BayNotG. „in Anspruch genommen".

6. Über die Verjährung von Ansprüchen aus dem G. o. A. s. o. zu § 195 Ziff. I.

§ 685. 1. DJZ. **06** 324, R. **06** 374 Ziff. 927 (Jena). Die im Abs. 2 des Paragraphen aufgestellte Vermutung setzt nicht stillschweigend voraus, daß zwischen demjenigen, der den Unterhalt gewährt hat, und dem Unterhaltenen keine unterhaltspflichtigen Zwischenglieder vorhanden seien, sie greift auch durch, wenn letzteres der Fall ist.

2. R. **06** 1078 Ziff. 2496 (BayObLG.). Ein die Beitragspflicht des Vaters übersteigender Verpflegungsaufwand für ein Kind spricht noch nicht gegen die Schenkungsabsicht.

3. SächsRpflA. **06** 343 (Dresden). Die Unterhaltsgewährung und Krankheitspflege, die der Schwiegersohn seiner Schwiegermutter zuteil werden läßt, fällt nicht unter § 685, der Schwiegersohn kann im Zweifel Ersatz verlangen. S. auch o. § 612 Ziff. 3.

§ 687. KGBl. **06** 104, SchlHolstAnz. **06** 344 (LG. I Berlin). Der Nichtkassenarzt, der einen Kassenkranken ohne Auftrag ärztlich behandelt, kann nicht ohne weiteres aus dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung Ersatz verlangen; Voraussetzung für diese ist, daß ein fremdes Geschäft besorgt wird und der Geschäftsführer seinen Willen, das von ihm besorgte Geschäft zu einem solchen zu machen, in erkennbarer und zuverlässiger Weise äußert. S. jedoch o. zu § 679 Ziff. 5.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. 1. Schrankfachvertrag. S. JDR. **1** zu § 535 Ziff. 1a, **2** Ziff. 1a, **4** § 535 Ziff. 1a. Korn, HirthsAnn. **06** 501 ff., untersucht die rechtliche Natur des Stahlschrankgeschäfts und verneint die Voraussetzungen des § 688. Es birgt sowohl Elemente der Miete als auch der Verwahrung in sich. Der Stahlschrankvertrag ist ein Vertrag, bei welchem der eine Vertragsteil (der Bankier) sich zur Hingabe eines gegen Diebstahl und Feuersgefahr gesicherten Raumes zur Aufbewahrung von Urkunden, Wertpapieren, Edelmetallen, Edelsteinen und Schmuckgegenständen verpflichtet, während der andere Vertragsteil (der Kunde) die Verpflichtung übernimmt, den vereinbarten Preis hierfür zu zahlen und sich allen den zur Sicherung des ihm überlassenen Raumes von dem ersteren vertragsmäßig ausbedungenen Anordnungen zu unterwerfen.

2. SeuffBl. **06** 632 ff. (Bamberg). Eine dem Gastwirt aufgetragene Aufbewahrung stellt sich als entgeltlicher Verwahrungsvertrag dar, der Gastwirt haftet nach § 276 für jede Fahrlässigkeit.

3. OLG. **13** 33, R. **06** 1078 Ziff. 2497 (Hamburg). Abschluß eines Verwahrungsvertrags seitens der Eisenbahn ist nicht schon dann anzunehmen, wenn sie auf ihrem Terrain Wagen zur Einladung von Waren zur Verfügung stellt, es fehlt an der Voraussetzung, daß die zu verwahrende Sache dem Verwahrer übergeben wird.

§ 693. SächsRpflA. **06** 300 (Dresden). Der Konkursverwalter, der die Herausgabe eines dem Gemeinschuldner zur Verwahrung gegebenen Wagens verweigert, ist, wenn der Wagen nach erfolgter Pfändung durch den Gerichtsvollzieher freigegeben und in Verwahrung des Gerichtsvollziehers verblieben ist, als nunmehriger mittelbarer Besitzer des Wagens dem Gerichtsvollzieher selbst zur Erstattung des Lagergeldes verpflichtet, er kann das Herausgabeverlangen des ursprünglichen Hinterlegers nicht um deswillen ablehnen, weil er, um ihm genügen zu können, dem Gerichtsvollzieher das erwachsene Lagergeld bezahlen muß.

§ 695. *B. Hilse, Fuhrhalter **06** Nr. 39. Der Arbeitgeber, welchem der Versicherte die Quittungskarte in Verwahrung gegeben, ist verpflichtet, solche auf dessen Verlangen auch dem vertragsbrüchigen Arbeiter portopflichtig nachzusenden und haftet für den durch den unbefugten Einbehalt verursachten Vermögensschaden.

§ 700. SchlHolstAnz. **06** 82/83 (Kiel). Durch die einem Bankier erteilte Ermächtigung, über die bei ihm hinterlegten Wertpapiere zu verfügen, ist der Bankier nicht Eigentümer der Papiere geworden; er wird dies gemäß § 700 BGB. erst, wenn er von dieser Ermächtigung Gebrauch macht.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. 1. Begriff des Eingebrachten. Beginn der Einbringung. S. JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 2. **a)** SchlHolstAnz. **06** 293 (Kiel). Eine Haftpflicht des Gastwirts für die eingebrachten Sachen des Gastes im Falle vorheriger Zusendung und Empfangnahme derselben durch den Gastwirt wird nur dann begründet, wenn die Zusendung in der erkennbaren Absicht erfolgt, daß der Zusendende als Gast in dem Gasthause Aufnahme finden wolle. **b)** SeuffBl. **06** 632 ff. (Bamberg). Die Haftung des Gastwirts aus § 701 tritt auch bei vorausgesandtem Gepäck ein, da die Zusendung des Gepäcks an das Gasthaus unter der Adresse des Gepäckbesitzers nach der Verkehrssitte als Antrag auf Abschluß eines Aufnahmevertrags und die dem Gastwirt oder seinen Leuten freistehende Entgegennahme des Gepäcks als Annahme dieses Antrags im Sinne des § 151 angesehen werden muß. **c)** SchlHolstAnz. **06** 209 (Kiel). Eine Beherbergung im Sinne des Paragraphen liegt nicht vor, wenn der Gast lediglich

zu dem Zwecke in die Gastwirtschaft einkehrt, um sich Speisen und Getränke verabreichen zu lassen. Auch ist in der Einstellung eines Fuhrwerkes in die Torfahrt ein „Einbringen" nicht zu erblicken. S. auch u. Ziff. 4 c.

2. Begriff des Schadens. S. JDR. **2** Ziff. 4. R. **06** 1259 Ziff. 3023 (Frankfurt). Als Schaden im Sinne der Vorschrift des § 701 muß jeder dem Gaste entstandene Nachteil erachtet werden, der auf den Verlust oder die Beschädigung zurückzuführen ist.

3. Abs. 1 Satz 2. Mitwirkendes Verschulden des Gastes. S. JDR. **1** Ziff. 1g, **2** Ziff. 6. HessRspr. **7** 11 (LG. Darmstadt). Die Bestimmung des § 701 Abs. 1 Satz 2 ist nicht so auszulegen, daß schon die Feststellung irgendeines kausalen Mitverschuldens des Gastes oder eines Begleiters des Gastes den Gastwirt von jeder Haftung entbinde; liegt vielmehr auf seiten des Gastwirts auch ein Verschulden vor, so greift § 254 Platz.

4. Stallmiete. S. JDR. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 3. **a)** WürttJ. **18** 2 (Stuttgart). Der durch Einstellen eines Pferdes in den Stall eines Gastwirts zwischen dem Fremden und dem Wirte geschlossene Vertrag ist weder Sachmiete, da nicht bloß der Stall, sondern auch gewisse Dienste gewährt werden, noch Verwahrungsvertrag, da diese Dienste über die Verpflichtung des Verwahrers hinausgehen, vielmehr liegt eine besondere Vertragsart vor, bei der sich der Wirt zur Gewährung einer gewissen Aufsicht verpflichtet. **b)** WürttJ. **18** 2 (Stuttgart). Es genügt zur Anwendung der gesteigerten Haftung der §§ 701 ff. nicht, daß der Gastwirt gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, sondern es muß auch im einzelnen Falle der betreffende Gast im Betriebe des Beherbergungsgewerbes aufgenommen worden sein. **c)** SchlHolstAnz. **06** 198 (Kiel). Dadurch, daß jemand Pferde in den Stallraum eines Schankwirts, der Fremde zur Beherbergung nicht aufnimmt, einstellt, tritt er zu dem Wirte in kein Vertragsverhältnis, insbesondere kann von einem unentgeltlichen Verwahrungsvertrage nicht gesprochen werden. S. hierzu auch SchlHolstAnz. **06** 209 ff. (OLG. Kiel) (o. Ziff. 1c). **d)** α. SeuffA. **61** 311 ff., SchlHolstAnz. **06** 289 (München). Der Eigentümer eines Pferdes, das von seinem Sohne bei einem Gastwirt eingestellt ist und dort zu Schaden kommt, ist nicht aktiv legitimiert zur Klage aus § 701, er ist nicht Gast. β. Ebenso **RG.** SeuffA. aaO.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung (zum 14. u. 15. Titel): Das Berichtsjahr hat wenig Neues über die Gesellschaft gebracht. Die Rechtsprechung ist nach wie vor mit der Abgrenzung des Gesellschaftsbegriffs befaßt, wie die Entscheidungen Note 3 zu § 705 erkennen lassen. Wie sehr sich der Gesellschaftsbegriff den Erfordernissen des Lebens anpaßt, zeigt die RG.Entscheidung Note 2 δ daselbst, wie wenig es auf den Namen ankommt, den die Kontrahenten dem Geschäft geben, beweist das weittragende Erkenntnis des RG. Note 1 daselbst. — Aus dem übrigen sind hervorzuheben die interessanten Ausführungen von Müller über die Serienlosgesellschaften (Note 3e zu § 705) und von Fuld über die Kündigung der Kartelle (Note 1 zu § 723). Marcus handelt Note 2 zu § 714 davon, inwieweit die Gesellschafter für Delikte der Geschäftsführer haften. Die Lehre von der Gesellschaft zu gemeinsamem Lotteriespiel ist um eine klärende RG.Entscheidung (Note 3d zu § 705 u. 727) bereichert.

Das Material zur Gemeinschaft ist wie immer spärlich. Hinzuweisen ist auf die in Gegensatz zueinander stehenden Entscheidungen Note 2a und b zu § 743 und auf das Urteil des OLG. Colmar Note 2 zu § 752, dessen Schlußsatz in dieser Allgemeinheit wohl nicht bedenkenfrei ist.

§ 705. Literatur: Ettinger, Die Kartelle in Österreich. Eine orientierende Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen usw. Wien 1906. — Marcus, Das Gesellschaftsrecht des BGB. und das Konkurrenzverbot des § 112 HGB., R. **06** 674. — Ders.,

Haftung von Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes für Wettbewerbsdelikte ihrer Geschäftsführer, DJZ. **06** 78. — Müller, Eine zivilistische Studie zur Lehre von dem Promessengeschäft, SeuffBl. **06** 613 ff. — Rundstein, Die Rechtsformen der Kartelle in Frankreich, ABürgR. 28 126. — Wolff, Die rechtliche Natur der Kartelle, Syndikate u. dgl., DJZ. **06** 645.

1. Verein oder Gesellschaft? **a**) Vgl. JDR. **2** Note 5b, **4** Note 1. **b**) **RG.** JW. **06** 452, HoldheimsMSchr. **06** 255, R. **06** 935. Die Gründer hatten ausdrücklich erklärt, einen Gesellschaftsvertrag i. S. der §§ 705 ff. schließen zu wollen. Das Berufungsgericht nahm an, daß gleichwohl ein nicht rechtsfähiger Verein gegründet sei. Das RG. hebt auf. Es kommt darauf an, ob nach der Art und Weise, wie die Beteiligten ihre Absicht, eine Gesellschaft zu gründen, zur Ausführung gebracht haben, der Verwirklichung ihrer Gründungsabsicht ein rechtliches Hindernis entgegenstand. Dies wird verneint. Es steht der Annahme einer Gesellschaft nicht entgegen, daß die Vereinigung sich einen eigenen Namen beilegt und bestimmt, daß sie durch das Ausscheiden eines Mitglieds nicht aufgelöst werden soll. Ebensowenig ist es mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar, sich ein Organ zu verschaffen, indem einem Gesellschafter die Vertretung dergestalt übertragen wird, daß er allein zu handeln berechtigt ist und Mitgliederversammlungen einzuführen, in denen nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags Entscheidungen zu treffen sind. Es bestehen keine rechtspolizeilichen Bestimmungen, welche dazu nötigten, wegen einer der vorerwähnten Bestimmungen, dem Willen der Gründer, eine Gesellschaft i. S. der §§ 705 ff. zu schaffen, entgegenzutreten.

2. Begriffsmerkmale des Gesellschaftsvertrags. **a**) Gemeinsame Förderung des Vereinszwecks. α. Vgl. JDR. **1** Note 8, **4** Note 2b. β. SächsRpflA. **06** 247 (Dresden). Ein Gesellschaftsvertrag liegt nicht vor, wenn einer der Vertragschließenden von der Beitragspflicht befreit, zur Teilnahme am gemeinsamen Zwecke, insbesondere also am Gewinne aber berechtigt sein soll. Eine solche Vereinbarung ist ein Vertrag besonderen Inhalts. γ. Bad Rpr. **06** 262, OLG. **13** 395 (Karlsruhe). Ein Gesellschaftsverhältnis liegt nicht vor, wenn die Ausführung des Geschäfts, dessen Gewinn und Verlust die Vertragsparteien zu gleichen Teilen tragen wollen, der einen Partei allein obliegt, und erst nach Durchführung des Geschäfts die Beteiligung der anderen praktische Bedeutung im Sinne der Teilung des Ergebnisses gewinnen soll. Es handelt sich hier um ein partiarisches Rechtsverhältnis, das die Verminderung des Risikos des Unternehmers bezweckt. δ. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 44. Das BGB. hat allerdings in erster Linie ein Verhältnis im Auge, bei dem die Gesellschafter sich zur Leistung von Beiträgen verpflichten und ihre Absicht auf die Begründung eines Gesellschaftsvermögens gerichtet ist. Indessen sind dies keine notwendigen Erfordernisse (vgl. die stille Gesellschaft); es kann der Vertrag auch lediglich auf obligatorische Beteiligung des einen Gesellschafters an dem Endergebnisse des ausschließlich von dem anderen Gesellschafter mit eigenen Mitteln einzuleitenden und abzuwickelnden geschäftlichen Unternehmens gerichtet sein. Es spricht keine Rechtsvermutung für die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen, höchstens eine tatsächliche Vermutung. **b**) Beiträge. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 134. Dem Begriff des „Beitrags" ist ein positives Moment so wenig wesentlich wie dem Begriff der Leistung. Beiträge sind „Leistungen" mit besonderer Zweckbestimmung. Auch Unterlassungen können Beiträge sein. Falls sich also eine Reihe Personen vertraglich verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes nur durch Unterlassungen zu fördern — man denke an ein Marktteilungskartell — ist diese Vereinigung als „Gesellschaft" im Sinne der §§ 705 BGB. zu charakterisieren, auf die allerdings manche Vorschriften des Gesellschaftsrechts unanwendbar sind, s. auch

§ 706. **c)** Auftrag, nicht Gesellschaft. RG. ZBlFG. **7** 202. Vereinbaren drei Personen, daß einer von ihnen in einem Versteigerungstermin auf ein Grundstück bis zu bestimmter Höhe bieten solle, und daß sie sich zu einem Drittel an dem aus dem Geschäft entstehenden Gewinn und Verlust beteiligen wollen, so ist ein Gesellschaftsvertrag nicht anzunehmen, wenn sich als Parteiwille ergibt, daß im Augenblicke des Zuschlags das Eigentum in drei getrennte Anteile auseinanderfallen und jedem Teilhaber sofort zu $^1/_3$ zustehen soll. Es liegt vielmehr ein Auftrag vor. **d)** Werkvertrag, nicht Gesellschaft. SeuffA. **61** 186, BraunschwZ. **06** 80, R. **06** 1078 (Braunschweig). Ein Gesellschaftsverhältnis wird nicht begründet, wenn jemand sich verpflichtet, gegen festes Gehalt und Gewinnbeteiligung „seine chemischen Arbeiten" einem anderen zu überlassen. Es liegt vielmehr ein Werkvertrag, ein partiarisches Rechtsgeschäft vor. Es fehlt an der Verbindung zu einem gemeinsamen Zwecke und den Leistungen zu dessen Erreichung. S. auch o. zu § 631 Ziff. 8. **e)** Bedingte Gesellschaft. OLG. **13** 421 (Dresden). Zulässig ist eine Vereinbarung des Inhalts, daß ein Darlehen bei Eintritt einer Bedingung als eine Gesellschaftseinlage des Darlehnsgebers behandelt werden solle.

3. Besondere Arten der Gesellschaft. **a)** Gesellschaft unter Rechtsanwälten. α. Vgl. JDR. **1** Note 10. β. ZVersWes. **06** 455 (Hamburg). Der Vertrag der assoziierten Rechtsanwälte ergibt, daß beide die Rechtsanwaltschaft gemeinschaftlich auszuüben sich verpflichtet haben, und daß die Unkosten und der Gewinn zwischen ihnen nach Hälften geteilt werden soll. Daraus folgt, daß auch ein Verlust, soweit er nicht als von einem der Associés verschuldet nachgewiesen werden kann, von beiden gemeinschaftlich zu tragen ist. Wenn der Geschädigte von den beiden ihm als Gesamtschuldnern verhafteten Rechtsanwälten gemeinschaftlich Ersatz fordert, so fordert er in Wahrheit von jedem die Hälfte. **b)** Kartelle. α. Vgl. JDR. **4** Note 3b. β. Wolff aaO. enthält einen kurzen Hinweis auf den Inhalt der am 28. 11. 05 bzw. 25. 3. 06 dem Reichstag überreichten „Denkschrift über das Kartellwesen". Im Anhange der Denkschrift sind 19 RG.Entscheidungen über Streitfragen aus den Kartellverträgen abgedruckt. γ. Rundstein aaO. Die Kartelle in Frankreich fallen, bis auf eine Ausnahme, nicht unter den Vereinsvertrag, sind vielmehr als Gesellschaften des bürgerlichen bzw. Handelsrechts oder als unbenannte Verträge aufzufassen. **c)** Begebungskonsortien α. Vgl. JDR. **3** Note b γ, **4** Note 3 c. β. RG. BankA. **5** 230 enthält interessante Ausführungen zur Charakteristik der Begebungskonsortien. Unter den Mitgliedern des Konsortiums bestand ein Gesellschaftsverhältnis nur hinsichtlich der gemeinschaftlichen Verwertung der Schuldverschreibungen durch Vertrieb unter das Publikum; dagegen fehlte es ihm an einem Gesellschaftsvermögen, da der Erwerb der Schuldverschreibungen sich zugunsten der einzelnen Gesellschafter unter Ausschluß jeder Solidarität vollzog. **d)** Gesellschaft zu gemeinsamem Lotteriespiel. α. Vgl. JDR. **3** Note 4. β. RG. DJZ. **06** 879. Die Vereinbarung, gemeinsam ein Los einer Klassenlotterie zu spielen, ist auf sämtliche Klassen zu beziehen, da die Gewinnchancen von Klasse zu Klasse wachsen, und es zweckwidrig wäre, sich nur an der ersten Klasse zu beteiligen. **e)** Serienlosgesellschaften. Müller aaO. 617 untersucht den rechtlichen Charakter der Serienlosgesellschaften. Es sind drei Arten zu unterscheiden, von denen die eine keinerlei, die beiden anderen verschiedene Merkmale der Gesellschaft zeigen. Auch sie sind aber keine Gesellschaften. Voraussetzung einer Gesellschaft ist, daß jeder Gesellschafter von dem anderen Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen an alle Gesellschafter fordern kann: dies ist hier nicht der Fall, da in Wirklichkeit keine obligatorische Gebundenheit der sog. Gesellschafter existiert. Weiter hängt die Gesellschaft in ihrem Bestande

ganz von dem Willen des Unternehmers ab. Eine Beschlußfassung der Gesellschafter gibt es nicht. Das Vertragsverhältnis ist nicht an die Person der Gesellschafter gebunden. Die „Gesellschafter" sind nicht befugt, dem Unternehmer seine Vertretungsmacht zu entziehen. Dem Unternehmer ist dingliche Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen eingeräumt. Die Befugnis der Gesellschafter zur Verfügung über die Lose durch Rechtsgeschäft ist ausgeschlossen. Alles dies widerspricht dem Wesen der Gesellschaft. — Die Serienlosgesellschaften sind auch nicht Gemeinschaften oder nichtrechtsfähige Vereine, da der Bestand einer Gemeinschaft das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Gegenstandes voraussetzt, und die Bildung eines Vereins im konkreten Falle und zu dem verfolgten Zwecke die Übertragung dinglicher Rechte an den Losen auch den Verein oder dessen Mitglieder zur Voraussetzung haben würde. Sie sind vielmehr rein obligatorische Verträge, in denen sich der Unternehmer verpflichtet zur Gewährung von Anteilen an den Gewinnchancen, und als solche gesetzwidrig und nichtig.

4. Pflichten der Gesellschafter. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 147/148. Die Gesellschafter sind in weitem Umfange zu Unterlassungen verpflichtet, z. B. darf keiner von ihnen ein Geschäft gegen den Widerspruch eines zur Geschäftsführung befugten Gesellschafters vornehmen (§ 711), keiner von ihnen darf einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter an der Einsicht in die Geschäftsbücher hindern (§ 716). Bei hartnäckiger Verletzung dieser Verpflichtungen kann auf Unterlassung geklagt werden. (Näheres o. im Anhange zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

5. Besteht für die Gesellschafter ein Konkurrenzverbot? Marcus, R. aaO. Von dem Konkurrenzverbote könnte bei der gemeinbürgerlichen Gesellschaft des BGB. aus Gründen der Analogie zu § 112 HGB. nur im Hinblick auf denjenigen Gesellschafter die Rede sein, der zu mehr als zu bloßen Beitragsleistungen, also zu besonderer Förderungstätigkeit für den vertraglich bestimmten Zweck verpflichtet wäre, also nur im Hinblick auf den geschäftsführenden Gesellschafter. Die Untersagung einer bestimmten konkurrierenden Erwerbstätigkeit muß zum Inhalt der Parteiabmachungen gemacht werden. Anderenfalls kann auch weder eine Pflichtverletzung gröblicher Art, noch überhaupt ein Verstoß gegen die Gesellschafterpflicht angenommen werden, wenn ein Gesellschafter sich bei Unternehmen ähnlicher Art beteiligt.

6. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 46 f., 95 f., über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft bei Klagen der Gesellschafter untereinander.

§ 706. 1. *Riezler, ABürgR. **27** 237 (Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit). Die Arbeitskraft kann zwar „Beitrag", aber nicht Gegenstand der Einlage eines Gesellschafters sein; sie kann auch nicht als Einlage eines offenen Handelsgesellschafters und nicht Kommanditeinlage sein. Denn „Einlage" kann nur sein, was unmittelbarer Gegenstand von Veräußerungsgeschäften sein kann. Die Arbeitskraft aber ist immanenter Bestandteil der Persönlichkeit selbst, welche nicht unmittelbarer Gegenstand von Rechtsgeschäften sein kann.

2. Beiträge. *Hoeniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge (vgl. Vorgruppe zu §§ 241 ff. Ziff. 4) 12 ff. und 63 ff. Gesellschafterbeitrag kann jede beliebig geartete Leistung sein, z. B. Sachleistung, sei es als typische Verkäufer-, sei es als typische Vermieterleistung oder Arbeit, mag es Dienst- oder Werkleistung sein, ja sogar Verwahrung oder Mäklerleistung. Man nimmt allgemein an, daß ein Gesellschafter, der eine mangelhafte Sache beibringt, wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten hat. Wie aber steht es z. B., wenn ein Gesellschafter Arbeit zu leisten hat; finden dann auch die Normen des Dienst- oder Werkvertrags Anwendung? — Das BGB. enthält kaum Normen

für die Beitragsleistung der Gesellschafter. Es regelt den Tatbestand der Gesellschaft unabhängig von den Leistungstatbeständen, die gerade durch den Tatbestand der Gesellschaft miteinander verknüpft werden. Die Gesellschaft ist ein „vom Leistungsinhalte unabhängiger, leistungsverknüpfender" Tatbestand. Wenn ein Gesellschafter eine typische Leistung, z. B. die typische Vermieterleistung, als Beitrag verspricht, so entsteht ein gemischter Vertrag mit Typenvermengung, wiewohl dieser Vertrag stets eindeutig unter die Kategorie der Gesellschaft subsumiert werden kann. Die Frage, wie weit auf einen solchen Vertrag die Regeln der Miete Anwendung finden, geht in dem allgemeinen Problem der gemischten Verträge auf und erfährt mit diesem ihre Lösung.

3. Vgl. Note 2 b zu § 705.

§ 709. a) Über die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Geschäftsführung s. Note zu § 715. **b)** Über die ausschließliche Klagelegitimation des Geschäftsführers s. Note 2 zu § 718.

§ 712. Marcus, R. **06** 674 f. Nicht bloßer Verstoß gegen die allgemeine Pflicht zur Enthaltung von solcher Tätigkeit, die dem Gesellschaftszweck entgegenlaufen würde, rechtfertigt schon die Maßnahmen aus §§ 712, 723 BGB. Demgemäß wird selbst eine Schadensersatzpflicht in Ermangelung ausdrücklichen Vertragsverbots nur eine besonders im Einzelfalle zu rechtfertigende Ausnahme darstellen dürfen.

§ 714. Literatur: Marcus s. bei § 705.

1. v. Seeler, ABürgR. **28** 44. Die Vollmacht des § 714 ist keine Scheinvollmacht, sondern eine wirkliche auf ius dispositivum beruhende Vollmacht. Hat ein Dritter mit dem Geschäftsführer kontrahiert, so braucht er, um gegen die Gesellschafter vorgehen zu können, nur nachzuweisen, daß die Führung des fraglichen Geschäfts seinem Vertragsgegner übertragen war.

2. Haftung der Gesellschafter für Delikte der Geschäftsführer. Marcus, DJZ. aaO. Während Staub (HGB. I 1022), Dernburg (BürgR. II² 543), Knoke (Gesellschaft) der Ansicht sind, daß für Delikte, welche die vertretungsberechtigten Gesellschafter bei Ausübung ihrer Vertretungsbefugnisse begehen, nur die Handelnden haften, die anderen Gesellschafter aber nur unter dem Gesichtspunkt des § 831 herangezogen werden können, führt Marcus aaO. aus, daß § 831 hier nicht zutrifft, da die vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht bestellt i. S. des § 831 sind, daß dagegen die übrigen Gesellschafter mit den Handelnden aus §§ 830, 714 haften. Die Bestellung der Geschäftsführer ist Organisationsakt, die Gesellschafter werden durch die Geranten, auch soweit Delikte wie Wettbewerbsreate unterlaufen, verpflichtet. (So **RG. 15** 121, **32** 35 und **RG.** bei Staub (3/4) Anm. 2 zu § 126.)

§ 715. v. Seeler, ABürgR. **28** 31. Der Gesellschafter, dem die Geschäftsführung nach dem Gesellschaftsvertrage zusteht, ist zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Die einseitige Erklärung der übrigen Gesellschafter, daß sie ihm die zur Geschäftsführung erforderliche Vollmacht entziehen, bewirkt nur das Ruhen seiner Verpflichtung zur Geschäftsführung. Die von ihm für die Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte sind gleichwohl wirksam und vollmachtsgemäß. Die Vollmacht kann zum Erlöschen gebracht werden nur durch Vertrag oder Entziehung aus wichtigem Grunde.

§ 718. 1. Wem gehört das Gesellschaftsvermögen? **a)** BreslauAK. **06** 39 (LG. Breslau). Als Eigentümerin an dem Gesamtgute ist die Gesamtheit der Gesellschafter anzusehen, deren Eigentumsrecht durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht berührt wird. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters bedarf es daher nicht der Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke, es genügt vielmehr die Grundbuchberichtigung, um die Eintragung des wirklichen Bestandes der Mitglieder

der Gesellschaft herbeizuführen. **b)** *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 59 f. Forderungen aus Verträgen, die von sämtlichen Gesellschaftern oder in ihrem Namen eingegangen sind, fallen ohne weiteres ins Gesellschaftsvermögen; dagegen haften nach § 427 die Gesellschafter für die Vertragsschuld als Gesamtschuldner, wenn nicht die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen besonders vereinbart oder als gewollt anzusehen (namentlich beim Verein ohne Rechtsfähigkeit) oder gesetzlich vorgeschrieben ist (bei der Reederei, § 486 HGB.). Über die Haftung aus Tierschaden und ungerechtfertigter Bereicherung das. 61, 62.

2. Klage auf Zahlung der Beiträge. **a)** *Lux aaO. 46. Den Anspruch auf die Beiträge kann jeder Gesellschafter geltend machen. **b)** MecklZ. **24** 331 (LG. Schwerin). Wenn die Beiträge, sei es kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung, zum Gesellschaftsvermögen gehören, können sie nur von den geschäftsführenden Gesellschaftern, nicht auch von den übrigen eingeklagt werden.

3. Darüber, ob ein Gesellschafter Geschworener bei Aburteilung eines gegen die Gesellschaft begangenen Betrugs sein kann, s. Note zu § 124 HGB.

§ 723. Literatur: Fuld, Kündigung eines Kartels mit unbestimmter Dauer, HoldheimsMSchr. **06** 36 ff.

1. *Fuld aaO. Kartelle, die weder als AG. noch als GmbH. organisiert sind, sind als Gesellschaften im Sinne des BGB. zu betrachten. Ist ihre Dauer nicht bestimmt, so kann die Auflösung jederzeit durch Kündigung herbeigeführt werden. Ausschluß dieses Kündigungsrechts ist unstatthaft, Vertragsstrafen, die für den Fall der Geltendmachung desselben vereinbart werden, sind ebenfalls ungültig. Es gibt kein Mittel, diese Kündigungsmöglichkeit auszuschließen, wohl aber kann in dem Kartellvertrag schon der Fall der Kündigung in Aussicht genommen und bestimmt werden, daß bei Eintritt derselben das Kartell fortbestehen soll, dann wird die Auflösung verhindert, aber das betreffende Kartellmitglied, das ausscheiden will, erreicht den von ihm angestrebten Zweck vollständig. Das Kündigungsrecht kommt auch bei Kartellen in Anwendung, die unter dem früheren Rechte errichtet worden sind. Ist entgegen § 723 das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder beschränkt, so ist regelmäßig der ganze Kartellvertrag nichtig; denn zwischen dieser Bestimmung und dem übrigen Inhalt des Kartellvertrags besteht ein derart inniger Zusammenhang, daß angenommen werden muß, ohne die gedachte Bestimmung würde der Vertrag überhaupt nicht vereinbart worden sein. Wollen die Kartelle sich hiergegen sichern, so müssen sie eine bestimmte Dauer vereinbaren; jedoch sind sie auch dann nicht dagegen geschützt, daß aus § 723 Abs. 1 Satz 2 ein Kündigungsgrund entnommen werde. Bisher ist nach Fuld von diesem Kündigungsrecht wenig Gebrauch gemacht worden, was für die Vertragstreue der Kartellgenossen spricht.

2. Wichtiger Kündigungsgrund. OLG. **13** 427 (Augsburg). Eine Gesellschaft war eingegangen zur Weiterveräußerung eines Grundstücks, das von dem einen Gesellschafter verwaltet wurde, während der andere die Barmittel dazu vorschoß. Die Weiterveräußerung scheiterte daran, daß ersterer verlangte, die mit dem Kaufliebhaber vereinbarte Anzahlung von 1000 M. allein zu empfangen. Dieser Umstand berechtigt den letzteren zur sofortigen Kündigung.

3. Abs. 3. **a)** **RG.** ElsLothJZ. **06** 103. Abs. 3 enthält zwingendes Recht und gilt auch für vor 1900 entstandene Gesellschaften. **b)** **RG. 61** 328 = JDR. **4** Note 2.

4. S. Note zu § 712.

§ 725. KGJ. **31** A 263 (KG.). Der im § 725 Abs. 2 ausgesprochene Grundsatz folgt aus dem besonderen Wesen der Gesellschaft, und ist nicht analog auf die Erbengemeinschaft anzuwenden.

§ 727. **RG.** (s. zu § 705 Note 3d) DJZ. **06** 879. Ein Gesellschaftsvertrag über das Spielen eines Loses in einer Klassenlotterie betrifft ein einzelnes Geschäft, und wird beendet nach Ziehung der letzten Klasse. Stirbt ein Gesellschafter vorher, so gilt der Vertrag, vorbehaltlich anderer Abreden, bis dahin nach §§ 727 Abs. 1, 2, 730 Abs. 2 weiter.

§ 730. SächsRpflA. **06** 37 (Dresden). Verlangt ein Gesellschafter von dem bisherigen Mitgesellschafter die Herausgabe der gemeinschaftlichen Gegenstände zur öffentlichen Versteigerung zwecks Auseinandersetzung, so steht dem Mitgesellschafter ein Zurückerstattungsrecht für Ansprüche aus der Gesellschaft nicht zu.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

Vorbemerkung: S. o. vor dem vierzehnten Titel.

§ 741. 1. Möglichkeit einer Gemeinschaft nach Bruchteilen. Binder, Gegenstand, GoldschmidtsZ. **59** 57 (in Auseinandersetzung mit Sohm, Der Gegenstand). Eine Rechtsgemeinschaft ist nur bei solchen Vermögensrechten denkbar, die sich auf dasselbe ungeteilte Objekt beziehen; andererseits kann es sich höchstens um ein gemeinschaftsähnliches Verhältnis handeln.

2. Sind Serienlosgesellschaften Gemeinschaften? S. Note 3e zu § 705.

3. ElsLothJZ. **06** 25 ff. (Colmar). Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gemeinschaftsverhältnis der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen französisch-rechtlichen Vereins als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand zu beurteilen ist. Dies trifft jedenfalls nicht zu für Vermögensstücke, die von einem Teile der Mitglieder mit besonderen Opfern im Interesse des Vereins erworben sind. (S. a. Note 1c zu § 54.)

§ 743. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 33. Das Recht jedes Teilhabers zum anteiligen Fruchtgenuß und Gebrauch beruht nicht auf positiven Pflichten der anderen Gemeinschafter, die Früchte herauszugeben oder den Sachgebrauch zu gewähren, sondern auf der Verpflichtung, den Mitgenuß zu dulden.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 148. Setzt ein Teilhaber hartnäckig einen Gebrauch fort, der den Mitgebrauch des anderen beeinträchtigt, oder hindert er hartnäckig einen der anderen an dem ihm zustehenden Gebrauch, so kann auf Unterlassung geklagt werden. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

3. Kann der Miteigentümer eines Hauses unmittelbar den auf ihn entfallenden Teil der Mieten fordern? **a)** Verneinend: KGBl. **06** 88 (LG. I Berlin). Der Miteigentümer eines Hauses hat keinen Anspruch auf Zahlung der auf seinen Anteil entfallenden Mieten des Grundstücks, sondern nur einen Anspruch auf Auseinandersetzung gegen die anderen Miteigentümer. Solange ihm nicht in Ausführung der Auseinandersetzung der Anspruch auf Einzahlung der Mieten überwiesen ist, kann er nur Zahlung an alle Miteigentümer oder ad depositum verlangen. **b)** Bejahend: OLG. **12** 66 (KG.). Der Grundsatz des § 420 gilt auch für die Gemeinschaft. Die hier gebrauchten Begriffe „Anteile" und „Bruchteile" entsprechen den „Anteilen" im § 420. § 743 enthält eine Anwendung des Prinzips. Nach ihm steht dem Miteigentümer eines Grundstücks ein dem Bruchteil seines Eigentumsrechts entsprechender Teil an den Mieteinkünften unmittelbar zu; er kann über ihn verfügen (§ 747); er kann gepfändet werden. Unrichtig ist die Ansicht, daß bei dieser Auffassung der pfändende Gläubiger mehr Rechte erhalte, als dem Schuldner zusteht. Die Mitberechtigten können sich durch eine Klage aus § 754 Abs. 2 helfen.

§ 744. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 33 f., 112. Abs. 2 ändert nichts an der Sachlegitimation, auch nicht für Arreste und einstweilige Verfügungen.

§ 745. 1. Zweck des § 745. SchlHolstAnz. **06** 17, OLG. **13** 428 (Kiel). Der Zweck des § 745 geht dahin, eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes auch dann zu ermöglichen, wenn eine Einigung sämtlicher Beteiligten nicht zu erzielen ist. Diesem Zwecke entspricht es, anzunehmen, daß die Mehrheit berechtigt ist, auch ohne Mitwirkung der Minderheit, die zur Durchführung ihres Beschlusses erforderlichen Handlungen vorzunehmen, z. B. das Grundstück zu bestellen, abzuernten, und die hierzu notwendigen Verträge abzuschließen.

2. Muß die Minderheit vor der Beschlußfassung gehört werden? OLG. Kiel (s. zu 1). Der Beschluß der Mehrheit ist auch dann rechtswirksam, wenn die Minderheit vor der Beschlußfassung nicht gehört worden ist. Diese Auffassung ist durch die Rechtssicherheit geboten und entspricht der Auslegung, die die entsprechende Vorschrift des § 491 HGB. gefunden hat. Die Mehrheit kann sich aber durch die Nichtgewährung von Gehör der Minderheit schadensersatzpflichtig machen.

3. **RG.** BayRpflZ. **06** 293, DJZ. **06** 429, JW. **06** 112, R. **06** 374. Der Miteigentümer eines Hauses verlangt von seinem Genossen die Bestellung eines Verwalters auf gemeinschaftliche Kosten. Der Beklagte ist bereit, die Verwaltung dem Kläger zu überlassen, oder sie mit einem von dem Kläger zu besoldenden Dritten zusammen zu führen. Der Anspruch des Klägers ist nicht begründet, da keine Uneinigkeit über die Art der Benutzung, die Mietpreise usw. vorliegt.

§ 749. Literatur: Eulenstein, Aufhebung einer Gemeinschaft an Grundstücken und das Recht, die Aufhebung derselben zu verlangen, JustdBl. **1** 60.

1. Eulenstein aaO. Um eine Gemeinschaft gegen Aufhebung zu sichern, müssen die Gemeinschafter das Recht auf Aufhebung ausschließen, sowie sich und ihren Rechtsnachfolgern gegenseitig das Recht einräumen, falls gleichwohl ein Beteiligter die Auflösung verlangen sollte, den frei werdenden Teil zum Schätzungspreise zu erwerben. Diese vereinbarten Rechte und Belastungen nebst Vorkaufsrecht bedürfen der Eintragung in Abt. II des Grundbuchs.

2. ElsLothJZ. **06** 625 (Colmar). Gleichgültig für die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts als Teilungsvertrag ist es, welches Entgelt die einzelnen Beteiligten sich für die Übertragung ihres Anteils ausbedungen haben, und ob die einen ihn schenkungsweise, die anderen kaufweise übertragen haben. Unerheblich ist auch, wenn aus diesem Grunde die Übertragungserklärungen des einzelnen voneinander abgesondert abgegeben werden.

3. Abs. 1. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 47. Am Teilungsprozesse müssen sämtliche Gemeinschafter beteiligt sein, entweder als Kläger oder als Beklagte. Haben sich jedoch einzelne bereits mit der Aufhebung der Gemeinschaft einverstanden erklärt, so brauchen sie nicht mehr mitverklagt zu werden.

§ 752. 1. Teilung in Natur. **a**) OLG. **12** 92, ElsLothJZ. **06** 140 (Colmar) (s. a. R. **05** 560 = JDR. **4** zu § 752). Die Teilung durch Verkauf soll erst dann eintreten, wenn die Teilung in Natur unmöglich ist. § 752 setzt nicht die Zerlegbarkeit in absolut gleiche Teile voraus. Diese wird kaum jemals zu erzielen sein. Es muß genügen, wenn die Gleichartigkeit vom Standpunkt des Verkehrs (hier der bäuerlichen Verhältnisse) aus, vorhanden ist. **b**) WürttJ. **18** 199 (Stuttgart). Die zum Nachlaß gehörigen Geldforderungen sind teilbar i. S. des § 752; die Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich ihrer erfolgt durch Teilung in Natur. § 754 will nicht diese Teilung in Natur ausschließen, sondern nur Vorsorge für den Fall treffen, wo diese Teilung unmöglich

oder der Umsatz in Geld nach §§ 755, 2046 Abs. 3 notwendig wird. Hieraus folgt, daß sich ein Miterbe, der zugleich Schuldner des Erblassers ist, die Anweisung der Schuld auf seinen Erbteil nicht gefallen zu lassen braucht.

2. Teilung beim Ausscheiden eines Gemeinschafters. OLG Colmar (s. 1 a). Die Bestimmungen über die Teilung sind dispositiv. Wenn nur ein Teilhaber die Teilung wünscht, die anderen für Aufrechterhaltung der Gemeinschaft sind, braucht die Teilung nur insoweit zu erfolgen, als das Ausscheiden jenes Teilhabers es erforderlich macht (s. OLG. **4** 119). Es kann nicht verlangt werden, daß soviel Teile gebildet werden, als Teilhaber vorhanden sind.

3. Durchführung der Teilung. PosMschr. **06** 32 (KG.). Aus §§ 752, 2042 folgt nicht die Berechtigung eines Miterben, die Teilung jedes einzelnen Nachlaßgegenstandes gesondert und unabhängig vom Schicksal des sonstigen Nachlasses zu verlangen. Die Erbauseinandersetzung kann nur einheitlich erfolgen.

4. Umwandlung gemeinschaftlichen in Miteigentum. **a**) Vgl. JDR. **3** Note 2. **b**) OLG. **12** 92 (Colmar). Zur Verwandlung einer Gemeinschaft zur gesamten Hand an einzelnen unverteilten Nachlaßgrundstücken in Miteigentum nach Bruchteilen bedarf es der Auflassung. (Entgegen der früheren Ansicht OLG. **6** 114, **9** 306; s. a.)

§ 754. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 38. Die „gemeinschaftliche Einziehung" des Satz 2 begründet keine exc. plurium litis consortium.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. 1. **RG. 63** 323, DJZ. **06** 879. Bestätigt wird die Definition des KG., wonach Leibrenten im Sinne der §§ 759—761 periodisch wiederkehrende, auf eine längere Zeitdauer, im Zweifel auf die Lebensdauer des Rentenberechtigten, in Geld oder Naturalien zu entrichtende Leistungen sind. (S. a. u. zu § 761 Ziff. 1.)

2. **RG.** DJZ. **06** 1319. Im Sinne des StempG. v. 31. 7. 95 ist als Leibrentenvertrag nur ein solcher Vertrag anzusehen, bei welchem die Hauptabsicht der Parteien dahin geht, der einen von ihnen eine Rente zu verschaffen (anders nach BGB.).

§ 761. 1. **RG. 63** 323, DJZ. **06** 879 (s. o. zu § 759 Ziff. 1). Auch das zum Zwecke der Ausstattung abgegebene Rentenversprechen muß schriftlich sein, während das auf Geldkapital bezügliche Ausstattungsversprechen keiner Form bedarf. Vgl. § 1624 und o. §§ 759 Ziff. 1.

2. „Erteilung". Vgl. **RG.** JW. **06** 558, u. zu § 1154.

Siebzehnter Titel. Spiel und Wette.

Vorbemerkung: Das RG. bleibt dabei, daß die Klage auf Erstattung auftragsgemäß verauslagter Wettumsätze unzulässig ist (§ 762 Ziff. 3a zu ε), und hat die JDR. **4** Ziff. 3a zu β mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kiel aufgehoben; doch gewährt das OLG. Dresden (Ziff. 3a zu δ) den Anspruch auf Aushändigung des einkassierten Gewinns, der anders zu behandeln sei, weil das Spiel beendet und der Gewinn realisiert sei; die Unterscheidung ist nicht bedenkenfrei, der Standpunkt des RG. ebenfalls. Juristisch sehr interessant ist das Urteil des OLG. Dresden (Ziff. 3d) bezüglich der Frage, unter welchen Bedingungen ein mit von der Frau gewährtem Reisegeld erzielter Spielgewinn in ihr Vermögen fällt. Zum § 764 sind wieder eine Reihe bemerkenswerter typischer Entscheidungen verzeichnet, die jedoch nichts grundsätzlich Neues enthalten. — An Literatur hat das Berichtsjahr dem 17. Titel nicht Wesentliches gebracht.

§ 762. 1. Wesen der Verbindlichkeit. *Siber, JheringsJ. **50** 73f. Die „Spielschuld" ist keine Naturalobligation, überhaupt keine Rechtspflicht; ihr Bestehen hat gar keine Rechtsfolgen, und die rein negative Rechtsfolge einer

Leistung auf Grund des Spieles, die Unzulässigkeit der condictio indebiti, ist ausschließlich nach §§ 762 ff., nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über Schuldverhältnisse zu beurteilen. Vgl. auch o. § 607 Ziff. II zu 2b.

2. Begriffliches aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 3, **4** Ziff. 1b. **a)** **RG.** JW. **06** 14 Ziff. 12. Der Begriff des Spieles fordert nur, daß die Geschäfte in Wahrheit nicht als solche gewollt, sondern nur in der Absicht und zu dem Zwecke des Spieles geschlossen, d. h. daß der eine oder der andere Kontrahent gewinnen oder verlieren soll. Zugleich setzt der Begriff des Spieles eine solche, ausdrücklich oder stillschweigend gewollte Gestaltung der Geschäfte voraus, daß sie Absicht und Zweck des Spieles zu realisieren vermögen, d. h. die Entscheidung über Gewinn oder Verlust von etwas Zukünftigem, Ungewissem abhängig machen. **b)** **RG.** SeuffA. **61** 309, 153 (s. bereits JDR. **4** Ziff. 1 b zu α). Der Tatbestand war folgendes Abkommen: Die Parteien, welche über einen Posten Felle verhandelt hatten, stritten darüber, ob Beklagter, wie Kläger ihm vorwarf, sich zu einem bestimmten Tage zur Besichtigung der Ware angemeldet habe, ohne damals gekommen zu sein. Da der Streit nicht sogleich geschlichtet werden konnte, machte der Kläger, um seine Behauptung zu erhärten, das vom Beklagten angenommene Angebot: er werde ihm eine Anzahl gleicher Felle — jene waren bereits anderweit verkauft — zu einem nach der Marktlage niedrigen Preise verkaufen, wenn er mit seiner Behauptung über die Besuchanmeldung im Unrechte sei. Die Parteien haben danach einen bedingten Kaufvertrag geschlossen: für einen gewissen Fall sollte eine bestimmte Ware zu einem festgesetzten Preise geliefert werden. Wegen des Inhalts der Bedingung, an die er geknüpft war, ist dieser Kaufvertrag als Wette zu bestimmen. **c)** OLG. **12** 96, PosMschr. **05** 183, R. **06** 298 (Marienwerder) s. bereits JDR. **4** Ziff. 1b zu β. **d)** PucheltsZ. **06** 8 (Cöln) (s. o. zu § 657 Ziff. 2, Fall Dasbach-Hoensbroech). Wette ist dann nicht anzunehmen, wenn beide Parteien auf das bestimmteste in der mündlichen Verhandlung erklärt haben, daß sie nicht hätten wetten wollen, sondern den ernstlichen Willen gehabt hätten, die Streitfrage zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Das konnte aber nicht in der Form der rechtlich unverbindlichen Wette geschehen.

3. Geschäfte zum Zwecke des Spielens und mit Spielinhalt. S. JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 4 ff., **4** Ziff. 3. **a)** Auftrag. S. JDR. **1** zu I Ziff. 1, zu II Ziff. 1, 3, **2** Ziff. 2a, **3** Ziff. 4a, **4** Ziff. 3a. α. OLG. **12** 96, R. **06** 442 (KG.). Wie das Spiel selbst, so dient auch der Auftrag dazu lediglich der Befriedigung der Spiellust; daher ist er rechtlich ebenso zu behandeln wie das Spiel. Wer einen anderen für sich spielen und die Einsätze auslegen läßt, spielt auch auf Borg, und die so entstehende Schuld ist für ihn sachlich nichts anderes als eine Spielschuld. Ist aber der Spielauftrag unverbindlich, so ist es in sinngemäßer Anwendung des § 762 Abs. 2 auch jede Vereinbarung, durch die die eine Partei der anderen gegenüber zur Erfüllung einer aus solchem Vertrag entstandenen Schuld eine Verbindlichkeit eingeht. (Dasselbe gilt entsprechend für die Wette und auf sie bezügliche Aufträge.) β. SächsA. **15** 626, R. **06** 244 (Dresden). Aus einem Auftrage zu Wetten am Totalisator wird eine Klage auf Zahlung der ausgelegten Wetteinsätze nicht begründet. Auch ist ein Anerkenntnis der Ersatzverbindlichkeit in einem solchen Falle ungünstig. γ. HansGZ. **06** Beibl. 218 (Hamburg). Wer in Ausführung eines ihm von einem anderen erteilten Auftrags zu einem nicht verbotenen Spiele Auslagen gehabt hat, hat einen klagbaren Anspruch auf Ersatz dieser Auslagen nicht. Wenn auch der Wortlaut des § 762 auf einen solchen Anspruch nicht unmittelbar zutrifft, so ist nach dem Sinne und Zwecke des Gesetzes der Rechtsschutz, wie dem Spiel- und Wettvertrage selbst, auch solchen Verträgen zu

versagen, die unmittelbar auf den Abschluß von Spiel- oder Wettverträgen abzielen, und dazu gehört der Auftrag, für den Auftraggeber eine Wette unterzubringen. δ. OLG. **12** 275, SächsRpflA. **06** 202, R. **06** 618 (Dresden). Die Wette am Totalisator ist nach Zweck und Inhalt im Rechtssinne nichts anderes als Spiel. Wollte man sie als Lotterie ansehen, so würde doch in der polizeilichen Gestattung (KabO. v. 30. 8. 86) des Totalisators noch nicht eine staatliche Genehmigung der Lotterie zu finden sein. Dagegen muß beim Schweigen des Gesetzes geprüft werden, ob und inwieweit der gesetzgeberische Grund für die Klaglosigkeit des Spieles, die Rücksicht auf seinen wirtschaftlichen Unwert und seine Gefährlichkeit, dazu führt, beim Mangel eines schutzwürdigen Interesses auch dem Auftrage zum Spiele Anerkennung zu versagen. Denn weder aus dem Gegensatze zu § 66 Ziff. 2 BörsG., noch aus allgemeinen Erwägungen, wie Verstoß gegen die guten Sitten, folgt die Unverbindlichkeit solcher Aufträge. Nicht zuzulassen ist jedenfalls der Anspruch auf Erstattung des verauslagten Einsatzes, ebensowenig die auf Nichtausführung des angenommenen Auftrags zum Spiele gestützte Interessenforderung. Denn jener erste Anspruch würde, da der Einsatz den Spielverlust darstellt, einen Zwang zur Bezahlung der Spielschuld bedeuten, während der zweite Anspruch nichts anderes als die nicht einmal gegen Mitkontrahenten zulässige Klage auf den Gewinn sein würde. Diese Erwägungen fallen aber, wenn es sich um den Anspruch auf Aushändigung des einkassierten Gewinns handelt. Hier ist das Spiel beendet und der Gewinn realisiert; ein Anspruch des Verlierers auf Rückerstattung des gezahlten Betrags kommt nach § 762 Satz 2 nicht in Frage. ε. AM. bezüglich des ausgelegten Wetteinsatzes OLG. **12** 442 (Kiel), s. bereits JDR. **4** Ziff. 3a zu β. Diese Entscheidung ist aufgehoben durch **RG.** GruchotsBeitr. **50** 957, R. **06** 618, JW. **06** 228, SeuffA. **61** 363, PosMschr. **06** 78, SchlHolstAnz. **06** 148/9. Die hier bezeichneten Spiel- und Wettverträge begreifen zwar unmittelbar und ihrem Wortlaute nach nicht auch den auf Vermittelung von Wetteinsätzen gerichteten Dienstvertrag. Dennoch kann dieser Gesetzesbestimmung nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Grunde und Zwecke nicht schlechthin die Anwendbarkeit auch insoweit versagt werden. Bei den Vorarbeiten zum BGB. ist vielfach der Erlaß einer Bestimmung erwogen worden, nach welcher aus Darlehen zu Spielzwecken, aus Aufträgen und Vereinigungen zu Spielen Rechtspflichten nicht entstehen. Man hat jedoch die Rätlichkeit einer derartigen allgemeinen Regel verneint. Danach ist anzuerkennen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers unter Umständen auch aus den sich an die eigentlichen Spiel- und Wettverträge knüpfenden und mit ihnen im inneren Zusammenhange stehenden Geschäften eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet werden soll. Wann dies zutrifft, kann nur konkret beantwortet werden. So wird, wie das Darlehen, auch der Auftrag und der Dienstvertrag unter § 762 fallen können, in besonders hervorragendem Maße dann, wenn zur Beförderung der Spiellust besondere Organisationen in Wettkommissionsbureaus zc. geschaffen sind, ohne Rücksicht auf polizeiliche Gestattung solcher Unternehmen. RG. weist demnach die Klage des Dienstverpflichteten auf Erstattung verauslagter Wetteinsätze ab, zumal gerade des letzteren Tätigkeit besonders geeignet sein könne, die Spiellust zu befördern. § 66 BörsG. beruht auf demselben gesetzgeberischen Prinzip.

b) Darlehen. S. JDR. **2** Ziff. 2, insbesondere zu d, **3** Ziff. 4a, **4** Ziff. 3b. α. OLG. **12** 93, R. **06** 442 (Hamburg). Nachdem in Preußen seit der 1886 erlassenen Kabinettsorder die Aufstellung und Benutzung von Totalisatoren auf den Rennplätzen gestattet ist und sogar nach dem StempG. v. 27. 4. 94 ein Steuersatz für die Wetteinsätze bei öffentlichen Pferderennen vorgesehen ist, verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand unter der Herrschaft der-

artiger Bestimmungen einem anderen ein Darlehen gibt, um ihm das Spielen bei solchem erlaubten öffentlichen Wettrennen zu ermöglichen. β. OLG. **12** 93, R. **06** 442 (KG.). Die Tatsache allein, daß das Darlehen zum Spiele gegeben ist, reicht nicht zur Ausschließung der Rückforderung aus. Denn nach den Grundsätzen des BGB. ist das Glücksspiel an sich nicht als ein unsittliches Geschäft (§ 138) anzusehen. Freilich vermag es keine klagbare Verbindlichkeit zu erzeugen; wohl aber wird derjenige, der auf Grund eines Spieles eine Leistung empfangen hat, gegen die Rückforderung geschützt, so daß die Annahme, er habe die Leistung ohne rechtlichen Grund empfangen — was beim nichtigen Geschäft der Fall ist —, ausgeschlossen ist. γ. **RG.** PosMschr. **06** 5, R. **06** 374. Ein zum Spiel gegebenes Darlehen ist unter Umständen, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig.

c) Verträge zwischen Rennverein und seinen Mitgliedern. PuchéltsZ. **06** 242, BadRpr. **06** 17, DJZ. **06** 436, R. **06** 560 und 802 (Karlsruhe). Als Spielvertrag ist der Vertrag aufzufassen, laut welchem von einem beliebigen Ereignis ohne wirtschaftsernstlichen Hauptzweck und -inhalt ein Vermögensvorteil eines Teiles (meist unter Vermögensnachteil des anderen Teiles) abhängig gemacht wird, insbesondere also ein solcher Vertrag, dem ein ernstlicher oder wirtschaftlicher Zweck fehlt. Von einem solchen Spielvertrag kann keine Rede sein, wenn es der satzungsgemäße Zweck eines Rennvereins ist, „durch jährlich abzuhaltende Pferderennen das Interesse für Pferde und deren Leistungen sowie für die Pferdezucht zu heben". Ob in jedem einzelnen Falle der Kontrahent nach wirtschaftlich ernsten Rücksichten gehandelt habe oder nicht, ist in concreto unerheblich; denn wo mehrere gleichartige Geschäfte denselben Wirtschaftszweck verfolgen, wächst aus diesem ein Typus heraus, und mag auch wirklich einmal ein Rennstallbesitzer ohne Rücksicht auf Pferdezucht oder ernsten Wirtschaftszweck handeln, so tut dies dem einmal typisch gewordenen Geschäft keinen Abbruch mehr (ABürgR. **26** 50). Daher sind die von den Vereinsmitgliedern wegen ihrer Beteiligung an den vom Verein veranstalteten Rennen abgeschlossenen Verträge (Zahlung von Einsätzen und Reugeldern) rechtsverbindlich und klagbar.

d) Spielen mit dem von der Frau gewährten Reisegelde. OLG. **12** 275, R. **06** 618 (Dresden). Daraus allein, daß das vom Manne zum Spiele verwandte Geld von der Frau herrührt, folgt noch nicht, daß auch der Spielgewinn in das Vermögen der Frau fällt. Dies ist der Fall, wenn die Eheleute vorher vereinbart hatten, daß der Mann mit einem Teile des Reisegeldes für ihre Rechnung an der Bank spielen und die Gewinne an sie abliefern sollte. Die Wirkungen der etwa nach § 134 eintretenden Nichtigkeit dieses Abkommens reichen nicht so weit, den Eigentumserwerb der Frau auszuschließen. Spielte der Mann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, so gehört der Gewinn ihm.

§ 764. I. Aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. **2** u. **3** zu § 764. 1. **a**) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 202, BankA. **5** 190. Dem Charakter von Kassegeschäften widerspricht es nicht, daß die Abnahme und die Zahlung des Kaufpreises auf Ultimo und dann fortlaufend bis zur Erteilung des Verkaufauftrags gestundet wurde. Es handelte sich um sog. Großkassegeschäfte in Montanpapieren, die im freien Verkehr an der Berliner Börse gehandelt werden. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2). Es war festgestellt worden, daß es sich bei den einzelnen Prolongationen nur um einfache Stundungen des ursprünglichen Engagements handelte, da überall der ursprüngliche Anschaffungspreis (der Kassekurs des Anschaffungstags) maßgebend blieb. Die Anschaffung der Papiere erfolgte durch entsprechendes Deckungsgeschäft seitens des Bankiers. Die Papiere wurden dem Kunden im Depotbuch des Bankiers gutgeschrieben. Auf Nummernangabe hatte

der Kunde verzichtet. Der Bankier konnte jederzeit bei dem Berliner Kassenverein zugunsten des Kunden über die Papiere verfügen. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 45—47. Es handelt sich um sehr bedeutende An- und Verkäufe in denselben Bergwerksaktien und Industriepapieren. Gehandelt ist stets zu Beträgen von 15 000 M. oder dem Mehrfachen davon. Im Juni belaufen sich die Ankäufe auf mehr als 2 Millionen, im Juli auf mehr als 75 000 M. Die An- und Verkäufe sind stets zu Kassekursen aufgetragen. Danach mußte vertragsmäßig sofort geliefert oder abgenommen werden. Gleichwohl ist kein Stück wirklich geliefert oder abgenommen, stets nur das Effektenkonto buchmäßig belastet oder erkannt. Soweit die Mengen der ge- bzw. verkauften Papiere übereinstimmten, kompensierten sich die Geschäfte; die Differenz wurde zwar nicht als solche gebucht, aber sie ergab sich als solche in den monatlichen Abrechnungen. Blieb bei der Kompensation ein Rest zu geben oder zu nehmen, so wurde auch dieser nicht gegeben oder genommen, sondern unter der Form des Lombardgeschäfts auf den nächsten Monat geschoben. (S. weiteres aaO.) Kein Teil brauchte auch nur ein Stück zu geben oder zu nehmen. Darauf waren offensichtlich die ganzen Geschäfte von vornherein angelegt. Differenzspiel trotz der Form des Kassegeschäfts bejaht. **c)** **RG.** JW. **06** 147, HoldheimsMSchr. **06** 115. Ein Geschäftsabschluß unter Zugrundelegung eines Börsenpreises ist anzunehmen, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Preise des Geschäfts und dem Preise besteht, der sich infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens der Börsenbesucher an der Börse gebildet hat; eine völlige Übereinstimmung der Preise darf nicht verlangt werden. Bei dem streitigen Kuxengeschäft ist ein solcher Zusammenhang nicht anzunehmen mit Rücksicht auf die große Abweichung zwischen dem vereinbarten Preise und dem Preise, der für die per Kasse gehandelten Kuxe an der Börse bestand. Ein nach § 50 Abs. 2 BörsG. verbotenes Börsentermingeschäft liegt daher in diesem Falle nicht vor. **d)** **RG.** JW. **06** 36, HoldheimsMSchr. **06** 70, BankA. **5** 95. Die an der Londoner Börse und nach deren Regeln per medio bzw. per ultimo getätigten An- und Verkäufe von Effekten sind Börsentermingeschäfte im Sinne des Börsengesetzes.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 307, BankA. **5** 262. Das zur Erfüllung eines gemäß § 50 Abs. 2 BörsG. verbotenen Börsentermingeschäfts in Kuxen Geleistete kann zurückgefordert werden, da weder eine sittliche noch eine Anstandspflicht zur Erfüllung eines solchen Geschäfts besteht (§ 814 BGB.). Ein bloßer Zweifel des Leistenden über seine Verpflichtung zur Erfüllung des Geschäfts schließt seine Befugnis zur Rückforderung des Geleisteten gemäß § 814 nicht aus. Der Käufer kann seinen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB.) nur unter Berücksichtigung etwaiger Gegenansprüche (Rückgabe der gekauften Kuxe) geltend machen. Durch die Weiterveräußerung des ohne rechtlichen Grund Erlangten hat er sich außerstande gesetzt, von dem Bankier das herauszuverlangen, was dieser seinerseits von ihm ohne Rechtsgrund erhalten hat.

3. **RG.** BankA. **5** 118. Von einem Bankier muß vermutet werden, daß er die Kenntnis davon gehabt hat, daß Zahlungen auf verbotene Börsentermingeschäfte nicht zurückgefordert werden können, wenn dem Zahlenden bekannt war, daß es sich um verbotene Geschäfte handelte; der Bankier ist daher regelmäßig nicht in der Lage, von einem Kunden, der sich auf das gesetzliche Verbot beruft, die bar gezahlten Gewinne aus früheren verbotenen Geschäften zurückzuverlangen.

4. BankA. **5** 12 (Hamburg). Die Klage aus einem Börsentermingeschäfte ist wegen Nichteintragung ins Börsenregister von Amts wegen abzuweisen, selbst wenn die beklagte Partei ausdrücklich erklärt, daß sie sich des Registereinwands nicht bedienen wolle.

5. BankA. **5** 189 (Karlsruhe). Die allgemeine Bestimmung der Börsenordnung, wonach Streitigkeiten zwischen Börsenmitgliedern der Entscheidung eines Schiedsgerichts unterstehen, ist als dem § 1026 ZPO. widersprechend ohne rechtliche Wirkung. Die Unterwerfung unter das Schiedsgericht kann aber kraft einer Handelsübung als vereinbart gelten, und ist dann als Bestandteil der einzelnen Geschäfte anzusehen.

II. Aus der Literatur. 1. Arons, BankA. **5** 106. Der Verkehr an der Londoner Börse entspricht im wesentlichen vollständig dem Kasseverkehr an den deutschen Börsen mit dem einzigen Unterschied, daß die Lieferung bzw. Abnahme der Effekten nicht täglich, sondern nur zweimal im Monat erfolgt. Die an der Londoner Börse geschlossenen Geschäfte sind daher keine Termingeschäfte nach dem Wortlaut und Sinne des Börsengesetzes. Eine amtliche Feststellung von Terminpreisen, noch überhaupt von Börsenkursen findet an der Londoner Börse nicht statt.

2. Neukamp, Zum zehnjährigen Jubiläum des Börsengesetzes, BankA. **6** 67, 81.

3. Regelsberger, Die rechtliche Bedeutung der sog. Geschäftsbedingungen der Bankiers für Kontokurrentverträge, BankA. **5** 169.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung. Wie die Literaturübersicht erkennen läßt, haben auch im Berichtsjahre wieder nur einzelne, wenn auch sehr wichtige Streitfragen den Schriftstellern Veranlassung zu literarischer Erörterung gegeben; eine grundlegende Arbeit ist nicht erschienen. Doch hat wiederum die Rechtsprechung ein außerordentlich beträchtliches Material zum 18. Titel beigesteuert. Die wichtige Frage, ob die Verjährung gegen den Hauptschuldner und Bürgen durch die Klage gegen den einen Teil unterbrochen wird, wird verneint (§ 765 Ziff. 5). Reichlich erörtert ist diesmal das Grenzgebiet zwischen Garantievertrag und Schadlosbürgschaft (§ 765 Ziff. 8). Die Formerfordernisse des § 766 haben wie immer zu einer Fülle von typischen Einzelentscheidungen geführt, die vielfach an frühere Urteile anknüpfen; die schriftliche Form kann durch Beurkundung im gerichtlichen Protokoll ersetzt werden (§ 766 Ziff. 1d), was diesmal besonders eingehend erörtert worden ist. Die Verbürgung mehrerer für dieselbe Verbindlichkeit ist (zu §§ 769 Ziff. 2, 774 Ziff. 2) gründlich untersucht worden. Daß den Pflichten und Rechten aus §§ 774 und 776 reichhaltige Behandlung zuteil geworden ist, ist beinahe selbstverständlich. Dagegen scheint dem § 778 mit seinen Kreditauftragsproblemen einstweilen etwas Ruhe gegönnt werden zu sollen.

Literatur: Bendix, Gibt es eine Haftung des Bürgen über den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit hinaus? JW. **06** 589—591. — Mantey, Zur Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB., GruchotsBeitr. **50** 542—551. — Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte nach BGB., KGBl. **06** 4—6. — Ders., Unterliegt das dem Schuldner abgegebene Versprechen, für seine Verbindlichkeiten zu bürgen, der Form des § 766 BGB., DJZ **06** 815. — Schneider, Der Ausgleich unter mehreren für eine Kontokurrentschuld haftenden Bürgen, HoldheimsMschr. **06** 1—3. — Schulz, Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungsklage des Gläubigers, Gruchots Beitr. **50** 269/274.

§ 765. 1. Inhalt der Verpflichtung. S. JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1. **a)** *Siber, JheringsJ. **50** 106 ff. Die Verpflichtung des Bürgen geht regelmäßig auf das gleiche, wie die Hauptschuld. Nur wenn die dem Hauptschuldner obliegende Leistung dem Bürgen unmöglich ist, geht seine Verbindlichkeit auf Geldleistung, also auf etwas anderes als die Hauptschuld. Auch wo sie auf das gleiche geht, wie die Hauptschuld, ist ihre Erfüllung freilich nicht Erfüllung der Hauptschuld, weil sie diese nicht tilgt, sondern ihren Übergang zur Folge hat; ebensowenig ist sie freilich Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung der Hauptschuld. Unrichtig ist es daher, daß der Bürge „nur hafte, nicht schulde“:

er schuldet nicht Erfüllung der Hauptschuld, aber Erfüllung einer eigenen Schuld; und er haftet auch für Nichterfüllung der eigenen Schuld, sofern er wegen Vereitelung und Verzögerung ihrer Erfüllung sowie nach § 283 schadensersatzpflichtig wird. Als „Haftung für fremde Schuld" kann man die Verpflichtung des Bürgen nur in einem kaum noch technischen Sinne bezeichnen, sofern die vom Bürgen geschuldete Leistung trotz inhaltlicher Gleichheit nicht Erfüllung der Hauptschuld ist, also allenfalls Ersatzleistung, wenn auch nicht Interesseleistung wegen Nichterfüllung der Hauptschuld genannt werden kann. **b)** Marcus, Materielle Grundfragen aus dem Bürgschaftsrechte nach dem BGB., KGBl. **06** 4 ff. Wenngleich aus dem „Einstehen" ein materielles Leistenmüssen des Bürgen erst, wenn der Hauptverpflichtete nicht tut, was er soll, oder tut, was er nicht soll, entsteht, so umfaßt es doch sofort eine präsente Haftung dafür, daß weder der Hauptverpflichtete, noch auch der Bürge die Erfüllung vereitelt. Verursacht der Bürge trotzdem in schuldhaft vertretbarer Weise die Unmöglichkeit der Erfüllung, so haftet er dem Gl. auf das Interesse ex contractu. — „Entstehen" ist nicht leisten. **c)** S. hierzu Isay, IDR. **3** Ziff. 1a.

2. Bürgschaft für künftige Forderungen. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 919. Rechtlich zulässig ist auch eine Verbürgung für die Verpflichtungen des Hauptschuldners aus künftig abzuschließenden, generell im voraus bezeichneten Kauf- oder Kreditgeschäften. **b)** *Siber, JheringsJ. **50** 103 ff., 120. Bei der Bürgschaft für eine aufschiebend bedingte oder künftige Hauptschuld ist die Verpflichtung des Bürgen kraft condicio juris durch Unbedingtwerden der Hauptschuld aufschiebend bedingt. Wenn man sagt, daß der Bürge während des Schwebens der Bedingung schon „unbedingt" hafte, so gebraucht man Haftung in dem ganz untechnischen Sinne einer Gebundenheit der Person durch die Verwirkung der bedingten Verpflichtung, d. h. durch die indirekte Pflicht, den bedingt geschuldeten Erfolg nicht zu vereiteln; in gleichem Sinne könnte man auf Grund der jeder bedingten Forderung zukommenden Verwirkung sagen, daß der Schuldner schon während des Schwebens der Bedingung unbedingt hafte. — Ebenso steht es mit der angeblich unbedingten Haftung der Sache bei Pfandrechten für aufschiebend bedingte oder künftige Forderungen (§§ 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2, 839 Abs. 3. Vgl. § 276).

3. Keine Bürgschaft, wenn die Nichterfüllung schon feststeht OLG. **12** 98, R. **06** 442 (Karlsruhe). Eine Bürgschaft soll gegen die Gefahr der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten sichern. Steht aber zur Zeit der Vereinbarung die (ganze oder teilweise) Nichterfüllung schon fest, z. B. daß der Gläubiger eine Befriedigung seiner Forderung nur in Höhe der Konkursdividende erhalten werde, so liegt in der Zusage, einen Teil des dem Gläubiger entstehenden Ausfalls bezahlen zu wollen, eine selbständige Zusage, für welche die schriftliche Form nicht erforderlich ist.

4. Keine Bürgschaft für Leistungen an sich selbst oder an den Bürgen. BadRpr. **06** 50 (Karlsruhe). Soweit eine Summe, für die der Bürge Bürgschaft geleistet hat, vom Schuldner an sich selbst oder an den Bürgen, als Gläubiger, zu zahlen ist, ist die Bürgschaft nicht wirksam. (Angewandt in einem Falle, wo bei einer Zwangsversteigerung ein Gläubiger für den Kaufschilling des Erstehers die Bürgschaft übernommen hatte.)

5. Wird die Verjährung gegen den Hauptschuldner durch Klage gegen den Bürgen unterbrochen und umgekehrt? **a)** Marcus aaO. 5. Die Selbständigkeit beider Obligationen ergibt, daß Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld nicht gegen den Bürgen und ebensowenig umgekehrt die der Bürgschaftsschuld gegen den Hauptschuldner wirkt (s. auch § 425 Abs. 2). Zahlung auf verjährte Hauptschuld gibt dem Bürgen keine condictio (§§ 222

Abs. 2, 223); § 768 Abs. 1 Satz 1 ist auszuschalten. — Die verjährte Forderung ist eine geeignete Grundlage für die Verbürgung; die Schuld des Bürgen ist dann klagbar. **b**) SchlHolstAnz. **06** 331 (Kiel). Durch die gegen den Hauptschuldner erhobene Klage wird die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen nicht unterbrochen. (AM. Dernburg, Rehbein.) Dies folgt α. aus der prozeßrechtlichen Erwägung, daß durch die gegen die eine Person erhobene Klage der Anspruch gegen eine andere Person der richterlichen Entscheidung nicht unterstellt wird; β. daraus, daß, wenn auch mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Bürgschaft die Haftung des Bürgen Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit voraussetzt, die Bürgschaft doch im übrigen (Form, Auslegung, Gültigkeit, Klagbarkeit, Erfüllungsort, Gerichtsstand, örtliches Recht) auf einem selbständig zu beurteilenden Rechtsgeschäft beruht.

6. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags. S. JDR. **3** § 765 Ziff. 2, § 766 Ziff. 1 c. FrankfRundsch. **40** 101 (Frankfurt a/M). Gemäß **RG. 57** 66 — vgl. JDR. **3** Ziff. 2 — kann ein Bürgschaftsvertrag derart zustandekommen, daß der Bürge eine Bürgschaftsurkunde dem Schuldner oder einem Dritten übergibt, damit diese einen Gläubiger erst aufsuchen und dem gefundenen die Urkunde aushändigen. Ob der Schuldner selbst mit dem gefundenen Gläubiger sodann namens des Bürgen den Vertrag abschließt oder ob er sich hierzu seinerseits eines Dritten bedient, ist ohne Belang.

7. Akzessorische Natur. **a**) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 919. Die Nichtigkeit eines Vertrags, durch den das Gesetz in der Weise umgangen wird, daß einem Dritten die Wirtschaft pachtweise ohne die erlangte Wirtschaftserlaubnis und von vornherein auch für den Fall der Versagung der Konzession überlassen werden sollte, berührt nicht die Gültigkeit der zu dem verbotswidrigen Wirtschaftsbetrieb zwischen den Vertragschließenden vorgenommenen Kaufgeschäfte und infolgedessen auch nicht die auf die einzelnen Geschäfte (Abnahme von Getränken) sich beziehende Bürgschaft. Denn wegen seines Zusammenhanges mit den auf einen unerlaubten Wirtschaftsbetrieb abzielenden Handlungen oder Vereinbarungen der Beteiligten kann der Bürgschaftsvertrag selbst nicht als gesetzwidrig und ungültig angesehen werden. Von dem Verbotsgesetze der GewO. wird er nicht ergriffen und seine Beziehung zu dem gesetzwidrigen Gewerbebetrieb ist, wenngleich die Bürgschaft auf Grund des Getränkeabnahmevertrags und generell hinsichtlich aller künftigen Lieferungen übernommen wurde, doch keine solche, daß hierdurch der Bürgschaft der Stempel der Gesetzwidrigkeit aufgedrückt würde. **b**) **RG. 63** 143, R. **06** 802. Wenn die Hauptschuld nicht besteht, ist die Bürgschaft nichtig. So ist, wenn jemand für die Verpflichtung seines Bruders, eine Kaution zu stellen, die Bürgschaft übernommen hat, der Bruder selbst aber gar nicht zur Kautionsstellung verpflichtet ist, die Bürgschaft gegenstandslos.

8. Garantievertrag und Schadlosbürgschaft. S. JDR. **4** Ziff. 3. **a**) **RG. 61** 157 (s. schon JDR. **4** Ziff. 3a). Das Einstehen für einen bestimmten Erfolg enthält im Gegensatz zur Bürgschaft eine selbständige Haftungsübernahme, somit einen Garantievertrag, der wegen seiner Selbständigkeit unter die allgemeinen Grundsätze über Verträge fällt und daher der Schriftform nicht unterworfen ist. — Ein solcher Garantievertrag ist auf Grund folgenden Sachverhalts angenommen worden: Kläger hatte erklärt, daß er ein ihm angebotenes, von F. W. ausgestelltes Blankoakzept nur erwerbe, wenn ihm der Beklagte für die pünktliche Einlösung hafte. Der Beklagte wies darauf auf seine dem Kläger ausgehändigte schriftliche Erklärung hin, erkannte seine Unterschrift an und fügte hinzu, er werde dem Kläger doch gut genug für den Wechsel sein, er stehe dafür ein, daß der Wechsel überhaupt gar nicht zum Vorschein komme, er werde schon vor Verfall eingelöst werden. In der schriftlichen Erklärung hieß es, daß der Beklagte hier-

mit die Haftung übernehme, daß die von F. W. ausgestellten, nach Summe und Datum näher bezeichneten Wechselakzepte am Verfalltage pünktlich eingelöst werden. Fassung und Inhalt dieser Erklärung lassen im Zusammenhalt mit den Umständen des Erwerbes des Blankoakzepts und der Übernahme der Haftung erkennen, daß der Beklagte nicht sowohl als Bürge dafür eingestanden ist, daß F. W. die von ihm eingegangene Wechselverbindlichkeit erfülle, sondern vielmehr schlechthin nach seiner Erklärung dafür aufkommen sollte und wollte, daß der Wechsel am Verfalltag eingelöst werde, daß Kläger die Wechselsumme am Verfalltag erhalte. Da Schriftlichkeit für den Garantievertrag nicht erfordert ist, war nicht zu prüfen, ob dem Erfordernisse der Schriftform der Bürgschaftserklärung durch die Aushändigung einer zwar vom Bürgen unterzeichneten, den Namen des Gläubigers aber nicht enthaltenden schriftlichen Verpflichtungserklärung Genüge getan wäre. **b)** **RG.** BayRpflZ. **06** 247, R. **06** 1003. Formloser Garantievertrag, nicht Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme, liegt vor, wenn die Ehefrau nicht sowohl die Verpflichtung, für die Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit ihres Mannes einzustehen, oder dessen Schuld neben ihm übernommen, als vielmehr dafür sich verpflichtet hat, daß das für die Hypothek haftende Grundstück dem Gläubiger ausreichende Sicherheit biete. (Angenommen in einem Falle, wo die Hypothek für die Ehefrau ohne jede materielle Unterlage eingetragen wurde, um dem Gläubiger, dem sie abgetreten werden sollte, eine hypothekarische Sicherung für die Schuld des Mannes zu verschaffen und die Frau die Garantie für den Eingang der — eigentlich vom Manne bestellten — Hypothek übernommen hatte.) **c)** WürttJ. **17** 293 (Stuttgart). Ein Garantievertrag (dessen Abschluß keiner Form bedarf) ist angenommen worden in einem Falle, wo jemand der Hypothekengläubigerin seines Pfleglings, der das hypothekarisch belastete Grundstück gekauft hatte, „für die richtige Zinszahlung garantiert" hat. Er hat hiermit eine selbständige neue Obligation übernommen, nämlich die richtige Zinszahlung; daß für die Zinsen bereits ein anderer Schuldner — sei es persönlich, sei es nur mit dem Grundstück — haftete, ist ein Zufall; dieser Schuldner ist auch gar nicht erwähnt. Nicht für einen anderen einstehen wollte der Betreffende, sondern was er zur Garantie übernahm, dafür haftete zufällig den Gläubigern noch ein Dritter. **d)** RheinA. **102** I 192 (Cöln). Die Frage, ob die Eingehung eines Garantieversprechens nach § 438 oder die Übernahme einer Bürgschaft beabsichtigt sei, entscheidet sich nach den Umständen des Falles. So ist Bürgschaft angenommen worden, obwohl die im Vertrage gebrauchten Worte, daß die Beklagte „die Haftung für die gegenwärtige und zukünftige Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin übernehme" genau die vom Gesetz im § 438 angewendeten Ausdrücke sind. Aber aus den weiteren Worten „und für den Eingang der Forderung" folgt, daß die Beklagte dem Käufer für den Ausfall aufkommen wollte, den dieser an der Forderung erleiden könnte. Also handelt es sich nicht um eine Gewährleistung für die Güte der Forderung, sondern um die sog. Ausfallbürgschaft, durch deren Übernahme jemand dem Gläubiger gegenüber für die Verbindlichkeit des Schuldners einsteht, soweit der Schuldner sie nicht erfüllt. **e)** Bürgschaft oder Garantiefondszeichnung? HansGZ. **06** Beibl. 253 (Hamburg). Nicht die Absicht, sich für eine fremde Schuld — und zwar nach § 769 notwendig als Gesamtschuldner — zu verbürgen, sondern der Wille auf Zeichnung eines Garantiefonds ist in einer Erklärung zu finden, durch welche sich die Unterzeichneten zur gemeinsamen — anteilmäßigen — Garantie für 25 000 M. verpflichten, welche die Geschäftsleitung der zu gründenden GmbH. im Bedarfsfalle zu Geschäftszwecken aufnehmen kann. Und zwar sollte klageberechtigt immer nur die Gesellschaft, nicht der Dritte, bei dem die 25 000 M. aufgenommen worden waren, sein. Das geht deutlich aus dem Worte „Garantie", das der geschäftsunerfahrene

Laie durchaus nicht der Bürgschaft gleichsetzt, sowie aus der Nichtnamhaftmachung des Darleihers der 25 000 M. hervor. Zu diesem Punkte in formeller Hinsicht vgl. u. zu § 766 Ziff. 1 a δ.

9. Mitbürgschaft. **RG.** R. **06** 683. Von dem Bürgschaftsvertrage zwischen dem Bürgen und Gläubiger des Hauptschuldners ist das Übereinkommen zwischen Mitbürgen über ihre gegenseitige Ausgleichung, falls einer von ihnen in Anspruch genommen werden sollte, wohl zu unterscheiden.

10. Über die Anfechtung einer Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung vgl. BadRpr. **06** 94 (Karlsruhe), o. zu § 123 Ziff. II 8.

11. Wo kommt der Vertrag zustande? **RG. 62** 379, JW. **06** 188, BöhmsZ. **06** 326, R. **06** 619. Der § 766 fordert, wenn auch nur die schriftliche Erteilung der Bürgschafserklärung, nicht auch eine schriftliche Annahme der letzteren (**RG. 57** 67), so doch jene Schriftlichkeit nicht für die Gültigkeit der einseitigen Erklärung als solcher, sondern für die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags. Dieser Vertrag wird dort geschlossen, wo die Willenseinigung zustande kommt, wo der Antrag des einen Teiles von dem anderen angenommen, bzw. dessen Annahmeerklärung abgegeben wird (vgl. § 151). Daher ist das in Frage kommende Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 11 Abs. 1 EG. BGB. nicht die empfangsbedürftige Erklärung des Bürgen, sondern der Vertragsschluß, und der in Frage kommende Ort nicht derjenige, wo der Bürge, sondern dort, wo der Gläubiger wohnt. Vgl. Art. 11 Abs. 1 EGBGB. — Über den Leistungsort bei Verschiedenheit des örtlichen Rechtes s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 3.

12. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. **a**) SächsRpflA. **06** 274 (Dresden). In der Erklärung des am Fortgang des Baues sehr interessierten, zahlungsfähigen Hypothekengläubigers gegenüber den Bauhandwerkern, daß er für die Zahlung einstehe, liegt eine — nach § 350 HGB. formlose — Verbürgung für den Eigentümer, wegen dessen Zahlungssäumigkeit und mangelnder Sicherheit die Handwerker die Arbeit niedergelegt hatten. Denn die Handwerker, welche von dem als Mittelsperson auftretenden Gläubiger zur Fortführung der Arbeiten bewogen wurden, mußten die Zusicherungen als solche auffassen, für die jener einstehe. Ein abweichender, nicht erklärter Wille vermag den Gläubiger nach § 116 der Haftung nicht zu entheben. **b**) BadRpr. **06** 362 (Karlsruhe). Ersucht ein Dritter einen Prozeßbevollmächtigten, den Prozeß in seinem (des Dritten) Interesse weiterzuführen, so kann darin eine Bürgschaft für die Kostenschuld des Mandanten erblickt werden. **c**) SächsRpflA. **06** 225 (Dresden) über die rechtliche Natur und die Wirkung einer Erklärung, dem Erwerber für die Sicherheit der abgetretenen Hypothekenforderung Gewähr leisten zu wollen, als Bürgschaftsübernahme oder bloße Zusicherung einer Eigenschaft, im Zweifel auf den Zeitpunkt der Abtretung zu beziehen. (Entschieden nach sächsischem Landesrecht).

§ 766. 1. Erfordernisse. S. JDR. **1** Abs. 5, 6, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 2. **a**) § 133 und § 766. S. insbes. JDR. **4** Ziff. 2a. α. **RG.** JW. **06** 87. S. auch o. zu § 133 Ziff. II 4. Weil die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Beobachtung der Schriftform abhängt, hat sich die Auslegung der Willenserklärung doch nicht enger an die in der Urkunde gebrauchten Worte anzuschließen, als in irgendeinem anderen Falle. (Vgl. bereits **RG. 59** 218 ff., s. auch JDR. **4** Ziff. 2 a α.) Es sind auch Umstände wie der, daß der Beklagte im Prozesse von Anfang an ohne Widerspruch als Inhaber einer „Kolonial- und Manufakturwarenhandlung" bezeichnet worden und folglich Kaufmann ist, ebenso wie sonst zu würdigen. β. **RG. 62** 172, JW. **06** 86, R. **06** 374. Eines solennen Ausdrucks, insbesondere der Bezeichnung „Bürgschaftsübernahme", bedarf die Erklärung der

Bürgschaftsübernahme auch nach dem Rechte des BGB. nicht, wenn nur mit Bestimmtheit aus ihr erkennbar ist, daß der Erklärende gegenüber dem Gläubiger eines Dritten sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die Erklärung unterliegt also der Auslegung nach § 133, welche auch außerhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärung liegende Umstände berücksichtigen kann. Die Auslegung findet aber ihre natürliche Grenze in dem Erfordernisse, daß der sprachliche Ausdruck noch das erkennen lassen muß, was durch ihn zur Erkenntnis gebracht werden soll. Vgl. **RG. 59** 219. (Verneint in folgendem Falle: Ein schriftlicher Kaufvertrag, durch welchen eine Anzahl Ökonomen ihre Milchproduktion an einen Käser verkaufen, schließt unter § 15 mit der Bestimmung: „Zur Festhaltung des Vertrags, welcher wörtlich vorgelesen wurde, verpflichten sich und unterzeichnen mit eigener Unterschrift" . . . hierauf folgen die Unterschrift des Milchkäufers, mehrere Zeilen weiter die Unterschrift des als Bürgen in Anspruch genommenen Beklagten und auf der vierten Seite die Unterschriften der Milchlieferanten. Obwohl die festgestellten Vorgänge vor und bei dem Abschluß des Milchkaufvertrags und der Herstellung der Vertragsurkunde dafür sprechen, daß dem Beklagten die Übernahme der Bürgschaft für die Verpflichtungen des Käufers angesonnen und er sie auch übernehmen wollte, weist das RG. ab. Die Unterschrift setzt eine Niederschrift voraus, deren Inhalt sich der Unterzeichnende aneignet. Aber weder der vorausgehende Text der Urkunde noch der letzte § 15 enthält das Mindeste, was sich auf das von dem Beklagten aus Anlaß des Milchkaufvertrags eingegangene Rechtsverhältnis bezöge.) γ. PucheltsZ. **06** 79 (Cöln). Bei Auslegung einer Bürgschaftserklärung ist wie bei jeder anderen Willenserklärung aus den Umständen des Falles der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen, wobei allerdings erfordert wird, daß dieser Wille in dem schriftlich Niedergelegten überhaupt ausgedrückt gefunden werden kann. So ist bei einer Bürgschaftserklärung, durch welche die Bürgschaft für Tapeten zum Betrage von — gerade rund — 400 M. übernommen wird, angenommen worden, daß der Bürge sich nicht für einen einmaligen Warenbezug, sondern für fortgesetzte Lieferungen hat verbürgen wollen. Dem Bürgen war bekannt, daß der Gläubiger sich dem Schuldner nicht nur erstmalig, sondern überhaupt Waren auf Kredit zu liefern nur unter der Bedingung bereit erklärt hatte, daß der Bürge die Bürgschaft übernehme; er wußte ebenfalls, daß auch der Schuldner fortgesetzt Waren beziehen wollte. δ. HansGZ. **06** Beibl. 253 (Hamburg). Eine schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung liegt nur vor, wenn die nach § 765 wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrags sich aus der Urkunde selbst ergeben, es muß aus ihr nicht nur die Person des Schuldners, sondern auch die des Gläubigers klar hervorgehen (**RG. 57** 261). Da es sich hier nicht um eine von den Personen gewillkürte, sondern vom Gesetze erforderte Schriftform handelt, so muß der ganze Inhalt der notwendig schriftlichen Erklärung in der unterzeichneten Urkunde selber stehen, und es ist ein Zurückgreifen auf andere Schriftstücke, welche von der Unterschrift nicht mitumfaßt werden (z. B. auf einen mit der Adresse des Gläubigers versehenen Briefumschlag, in den die Urkunde gesteckt wird), unzulässig. Über den Inhalt vgl. o. zu § 765 Ziff. 8e. ε. BayRpflZ. **06** 46, R. **06** 934 (Bamberg). Es ist nicht notwendig, daß die Bürgschaft ausdrücklich übernommen werde; aber der Wille, sich zu verbürgen, muß unzweideutig hervortreten; sonst ist die Schriftform nicht gewahrt. (Eine solche Erklärung liegt nicht vor, wenn zwei Schuldner A. und B., die demselben Gläubiger 300 bzw. 700 M. schulden, eine Urkunde unterzeichnen, welche lautet: „Mithin schuldet B. 1000 M. von heute an". Denn die Unterschrift enthält allein niemals eine Erklärung, sondern gewinnt erst durch die Beziehung auf den

Urkundentext rechtliche Bedeutung; vgl. §§ 126, 133, 766 Satz 2. Vgl. § 414.) ζ. Bezeichnung des Gläubigers. **RG. 62** 379, BöhmsZ. **06** 326, JW. **06** 188. Trotz der freien Auslegung und Bezugnahme auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die gemäß **RG. 59** 218 auch für die Bürgschaftsurkunde zu gelten hat, muß es doch dabei bleiben, daß die nach § 765 wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrags sich aus der Urkunde selbst überhaupt irgendwie ergeben müssen (so schon **RG. 57** 260, vgl. JDR. **3** § 766 Ziff. 1a). Insbesondere kann durch eine Urkunde, in der der Gläubiger nicht in irgendeiner Weise bezeichnet ist, niemals die im § 766 erforderte Schriftform hergestellt werden. Es muß wenigstens irgendeine Bezeichnung des zunächst noch unbestimmten Gläubigers in der Urkunde enthalten sein (etwa der Hinweis auf denjenigen, dem der Bürgschein ausgeliefert wird) oder es mag genügen, wenn die Hauptschuld in der Urkunde im übrigen individuell hinlänglich bezeichnet ist und die Person des Gläubigers dieses Forderungsrechts außerdem unter den Kontrahenten schon feststand. (Eine ganz andere Frage behandelt **RG. 57** 66, s. JDR. **3** § 765 Ziff. 2, § 766 Ziff. 1 c.) Nicht anders wäre die Frage nach schweizerischem Rechte zu entscheiden (vgl. Artt. 489, 491, 12 Abs. 1 des Schweizer Obligationenrechts). Demgemäß enthält folgende Urkunde „Ich Endesunterzeichneter, Kaufmann J. S. aus Ulm a. D., übernehme hiermit für die Firma W. & Co. in Stuttgart selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von dreitausend Mark" keine gültige Verbürgung; denn der Gläubiger ist gar nicht und auch im übrigen die Hauptverbindlichkeit nur dem Betrage nach in der Urkunde genannt. η. Bezeichnung des Gläubigers. FrankfRundsch. **40** 101 (Frankfurt a. M.). Es gehört nicht zu den Essentialien des Bürgschaftsversprechens, daß der Gläubiger in der Bürgschaftsurkunde benannt sein muß. (Dies folgt daraus, daß es zum Abschlusse des Bürgschaftsvertrags genügt, wenn der Bürge sein Versprechen dem Schuldner gegenüber abgibt und dieser dann dem erst zu findenden Gläubiger die Urkunde übergibt; vgl. o. zu § 765 Ziff. 6). Es genügt, daß außerhalb der Urkunde liegende Umstände die Urkunde ergänzen. (Solche Ergänzung liegt darin, wenn der im Auftrage des Schuldners einen Gläubiger Suchende schreibt: „Auf Grund des gesandten Bürgschaftsscheins habe Ihnen bei der Nassauischen Bank einen Kredit . . . verschafft.") ϑ. **RG. 63** 143. Dem Erfordernisse der Schriftlichkeit ist genügt, wenn diejenige Hauptschuld, für welche der Bürge haften soll (nämlich die Verpflichtung seines Bruders zur Bestellung einer Kaution von bestimmter Höhe), bezeichnet ist. Daß auch diejenige Verbindlichkeit, für welche dann diese Kaution haften solle, in der Urkunde ausdrücklich erwähnt werde, ist nicht erforderlich. **b)** Wann ist die Erklärung erteilt? **RG. 61** 414 s. bereits JDR. **4** Ziff. 2 b. **c)** Bürgschaftserklärung durch mehrere sich ergänzende Erklärungen. **RG.** JW. **06** 685, DJZ. **06** 1262, R. **06** 1375. Eine nur stillschweigende, durch konkludente Handlungen betätigte Willenserklärung des Bürgen reicht nicht aus; andererseits ist aber auch nicht erforderlich, daß der Bürge gerade wörtlich ausspricht, er übernehme hiermit Bürgschaft; und die Bürgschaftserklärung muß nicht notwendig durch einen einheitlich in sich abgeschlossenen Akt erfolgen, kann möglicherweise auch in mehreren sich ergänzenden Erklärungen zum Ausdrucke gebracht werden. (Vgl. **RG. 59** 218 und VI 2. 7. 06.) So hat RG. bei folgendem Sachverhalt eine Bürgschaftsübernahme des Beklagten angenommen: Nachdem folgender Zwangsvergleichsvorschlag: „Die Konkursgläubiger festgestellter Forderungen erhalten 20 pCt. ihrer Forderungen . . . unter Bürgschaft des Beklagten" vom Gläubigerausschusse gebilligt worden war, wurden im gerichtlichen Vergleichstermine der Vergleichsvorschlag und die zustimmende Äußerung der Gläubiger verlesen, und der Vergleich nach erfolgter Abstimmung bestätigt. Bei der Abstimmmung hatte der

Beklagte als Gläubiger für den Vergleich gestimmt. In dieser Abstimmungserklärung des Beklagten ist beim Zusammenhalt mit dem vorangegangenen schriftlichen Vergleichsvorschlag und der Verhandlung hierüber in dem Vergleichstermin eine rechtswirksame Bürgschaftserklärung zu erblicken, da jene Erklärung die Verbürgung notwendig zur Voraussetzung hatte und verständigerweise gar nicht abgegeben werden konnte, ohne daß gleichzeitig damit der Wille, sich zu verbürgen, zum Ausdrucke gebracht wurde. S. im übrigen u. zu d α. **d)** Ersatz der schriftlichen Form durch Beurkundung im gerichtlichen Protokolle. α. **RG.** JW. **06** 685, DJZ. **06** 1262, R. **06** 1375 (s. auch o. zu c). Wird ein Rechtsgeschäft, das nach bürgerlichem Rechte der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, in der prozessualischen Form des Vergleichs, des Verzichts oder der Anerkennung vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Formen der ZPO. zu erfolgen und auch die sonst gesetzlich erforderte Schriftform wird diesfalls durch die prozeßgemäße Beurkundung ersetzt. (Vgl. **RG. 48** 183.) Danach genügt es, wenn eine Bürgschaftsübernahme in einem gerichtlichen Zwangsvergleichstermin mündlich zu Protokoll erklärt wird, da die Bürgschaftsübernahme einen integrierenden Teil des Zwangsvergleichs bildet und für Aufnahme von Protokollen und Beurkundung im Konkursverfahren gemäß § 72 KO. die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung finden. β. OLG. **12** 100 (Karlsruhe). Es ist nur die Beurkundung der Bürgschaftserklärung, nicht die Beurkundung des ganzen Vertrags erforderlich, und jene Erklärung kann auch in einem gerichtlichen Protokolle beurkundet werden (**RG. 56** 70, **57** 66). Daher genügt die Beurkundung im gerichtlichen Protokoll, daß der Beklagte, welcher gleichzeitig stimmberechtigter Konkursgläubiger ist, dem Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners, wonach 20 pCt. der festgestellten Konkursforderungen unter Bürgschaft des Beklagten gezahlt werden sollten, ausdrücklich zugestimmt hat. Diese Zustimmungserklärung ist auch seine Bürgschaftserklärung und die Beurkundung der Zustimmung daher die Beurkundung der Bürgschaftserklärung. Denn er hat durch seine Zustimmungserklärung dem ganzen Inhalt des Vergleichs zugestimmt, also auch seiner den Gläubigern angebotenen Bürgschaft. **e)** Besonderes von der Unterschrift. S. a. JDR. **3** Ziff. 1c. OLG. **12** 99, PosMschr. **06** 29/30, R. **06** 442 (Marienwerder). Nachdem der Beklagte 1900 bei Ausstellung des Schuldscheins mündlich sich verbürgt und den Schein mit seinem Namen und den Worten „als Zeuge" unterschrieben hatte, hat er 1901 die Worte „und Bürge" hinzugefügt. Damit ist die Schriftform gewahrt. Dadurch, daß die Erklärung des Beklagten unter die Schuldurkunde geschrieben ist, hängt sie unmittelbar mit der letzteren zusammen, und deren Inhalt soll maßgebend sein betreffs der Hauptschuld für die Bürgschaft. Eine solche Bezugnahme auf andere Urkunden ist statthaft (**RG. 57** 66 — JDR. **3** Ziff. 1c —, 260 — JDR. **3** Ziff. 1a —). Sodann kann, obwohl der neben, über oder im Konzepte stehende Name des Schreibers keine Unterschrift bildet, doch kein Zweifel sein, daß hier die Worte „als Zeuge und Bürge" durch die unmittelbar darüber stehende Namensschrift des Beklagten getroffen werden. **f)** Besonderes von den Nebenabreden und der Rückbürgschaft. Vgl. JDR. **3** Ziff. 1d, **4** Ziff. 2c. α. SeuffA. **61** 365 (Bamberg). Zur Bürgschaftserklärung gehört nicht nur die Angabe, daß gebürgt werde, sondern auch in welchem Umfange, unter welchen Bedingungen und Beschränkungen. Nebenabreden über Modalitäten der Bürgschaft unterliegen daher der Formvorschrift des § 766 (vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 108, JDR. **3** Ziff. 1d). Insbesondere die Bestimmung über den zeitlichen Umfang der Bürgschaftleistung ist ein notwendiger Bestandteil der Erklärung. Jede Bürgschaftserklärung enthält hierüber eine Bestimmung, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, indem mangels einer Bestimmung eine zeitlich

unbegrenzte Bürgschaft vorliegt. Wenn also der Bürge eine solche nicht abgeben will, muß er in seiner Bürgschaftserklärung ausdrücklich eine entgegengesetzte Bestimmung treffen. Er kann nicht, wenn er in der Urkunde ausdrücklich die unbegrenzte Haftung bis zur Tilgung der Hauptschuld erklärt, durch mündliche Nebenabrede eine zeitliche Beschränkung vereinbaren. β. OLG. **12** 100, R. **06** 442 u. 802, BadRpr. **06** 93 (Karlsruhe). Die Rückbürgschaft und die ihre Wirksamkeit beschränkenden Nebenabreden bedürfen der schriftlichen Form. (In einer Erklärung folgenden Inhalts: „Ich bescheinige dem A. (Bürgen), daß ich mich für G. als Bürge und Selbstschuldner stelle, falls obiger A. die Forderung der Sparkasse J. decken müßte", ist nichts davon enthalten, daß die Wirksamkeit der Rückbürgschaft bei deren Übernahme durch mündliche Vereinbarung auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Mitbürgen W. beschränkt worden sei. Diese Beschränkung kann auch im Wege der Auslegung jener Erklärung nicht gefunden werden. Nichtigkeit des ganzen Geschäfts gemäß § 139 ist nicht anzunehmen.) γ. **RG. 61** 343, JW. **05** 713, BöhmsZ. **06** 324. Folgende Tatsachen genügen, um die Schriftform der Rückbürgschaft als eingehalten anzusehen: Die Rückbürgin hat die vom Bürgen dem Hauptgläubiger ausgestellte Urkunde mitunterschrieben, an deren Schluß gesagt ist, daß sie, die Frau H., sich als „Mit- und Rückbürgin" verpflichte. Diese Urkunde hat sie dann mit ihrer darauf befindlichen Unterschrift dem Bürgen überlassen, der sie weiter dem Hauptgläubiger überbrachte. Es ist anzunehmen, daß diese Urkunde dazu bestimmt war, nicht nur dem Hauptgläubiger gegen den Bürgen und die Rückbürgin, sondern event. auch dem Bürgen gegen die Rückbürgin zu dienen, und daß insofern damit das Erfordernis der Schriftlichkeit im Sinne des § 126 Abs. 1 erfüllt war. Vgl. u. zu § 774 Ziff. 7.

2. Bürgschaft durch Mitunterzeichnung eines Wechsels. S. JDR. **3** Ziff. 1b. **RG.** HessRspr. **7** 127. Durch die bloße Wechselunterschrift wird keine Bürgschaftserklärung abgegeben. Wenn demnach der von dem Kreditsuchenden ausgestellte Wechsel auf Verlangen des Gläubigers noch von zwei anderen mitunterschrieben wird, so haften diese nicht als Bürgen, sondern nur als wechselmäßig verpflichtete Gesamtschuldner nach § 426, also jeder zu $^1/_3$). Über Wechselbürgschaft s. a. JDR. **4** zu § 765 Ziff. 2 u. die dortigen Verweisungen.

3. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme? S. JDR. **4** Ziff. 3 und die dortigen Verweisungen. Vgl. ElsLothJZ. **06** 489 (Colmar), o. zu § 414 Ziff. 2 b zu α bei ββ.

4. Die Annahme. **RG.** JW. **06** 714. Die Annahme der Bürgschaftserklärung kann formlos, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

5. Verhältnis zu §§ 328 ff. Marcus, DJZ. **06** 815. Das Versprechen des Dritten gegenüber dem Schuldner, sich für ihn bei seinen Gläubigern zu verbürgen, ist (wenn akzeptiert) ein Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff.), und, da diese Kategorie formlos ist, der Schriftform des § 766 nicht bedürftig. Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) 69, der aber, der ratio legis folgend, die Schriftform verlangt.

6. Einzelheiten aus der Rechtsprechung. **a**) Keine analoge Anwendung auf die Zusage, den Wechsel eines anderen mit als Wechselschuldner zu unterzeichnen. OLG. **12** 276, R. **06** 619 (Dresden). Die Wirksamkeit einer Zusage, die von einem anderen auszustellenden oder zu akzeptierenden Wechsel als Wechselschuldner mit zu unterzeichnen, ist von der Einhaltung der Schriftform nicht abhängig. Denn für den, der einigermaßen die Strenge des Wechselrechts kennt, tritt hinter die von ihm übernommene eigene Verpflichtung der Umstand, daß zunächst nur für die Verbindlichkeit eines Dritten hat eingestanden werden sollen, ganz und gar zurück. Vor allem jedoch

übernimmt mit jener Zusage der Versprechende überhaupt nicht die Verpflichtung, für die Schuld eines anderen einzustehen oder eine solche zu erfüllen; denn seine Verbindlichkeit ist davon, daß eine Wechselschuld des Dritten entsteht, vollständig unabhängig; er haftet auch dann wechselmäßig, wenn eine Verbindlichkeit des Akzeptanten nicht entsteht, und seine eigene wechselmäßige Haftung ist an ganz selbständige Voraussetzungen geknüpft. **b)** SächsRpflA. **06** 224, R. **06** 1193 (Dresden). Die Zusage, eine abzutretende Hypothek sei gut und sicher, es werde für sie gehaftet, ist keine der Schriftform bedürfende Bürgschaft, sondern mündlich gültig. Entschieden zu §§ 365, 438. **c)** Erfüllung durch den Bürgen. BayRpflZ. **06** 46, R. **06** 934 (Bamberg). Heilung des Formmangels tritt nur ein, wenn der Bürge (bzw. derjenige, welcher die Schuld kumulativ übernommen hat) die Hauptverbindlichkeit erfüllt, nicht aber, wenn der wegen einer dem Bürgen zustehenden Forderung in Anspruch genommene Gläubiger mit dem Bürgschaftsbetrag gegen den Klaganspruch aufgerechnet (— also erfüllt —) hat. Vgl. § 414 Ziff. 2 b α zu αα.

§ 767. 1. *L. Bendix, JW. **06** 589. Die in vorgedruckten Bürgschaftsformularen häufig geschaffene Abrede, daß der Bürge die Kontoaufstellung des Gläubigers über die Verpflichtungen des Hauptschuldners vorbehaltlich des von dem Bürgen zu führenden Gegenbeweises gegen sich gelten lassen müsse, enthält eine die akzessorische Natur der Bürgschaft vertraglich aufhebende, sie verselbständigende Vereinbarung mit dem Zwecke, die Schwierigkeiten der Beweislast von dem Gläubiger auf den Bürgen abzuwälzen. Diese Vereinbarung kann als eine besondere Art des Schuldanerkenntnisses (§ 781 BGB.) aufgefaßt werden. Sie schließt die Geltendmachung der rechtskräftigen Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner seitens des Bürgen in dessen Rechtsstreit mit dem Gläubiger aus (näheres hierüber s. u. zu § 768 Ziff. 1). § 774 BGB. ist im vorliegenden Falle unanwendbar, weil der Bürge den Gläubiger auf Grund der besonderen Vereinbarung, nicht aber in seiner Eigenschaft als Bürge befriedigt. Die Vereinbarung, die auch als Garantievertrag betreffend den Prozeßverlust wegen Beweisfälligkeit angesehen werden kann, enthält eine Widerlegung der auf § 767 BGB. gestützten Ansicht, daß es eine Haftung des Bürgen über den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit hinaus nicht gebe.

2. Marcus aaO. 5 bejaht die Frage, ob gegen Schuldner und Bürgen gleichzeitig Klage erhoben werden könne, wenn die Formel so gefaßt wird, daß der mitbeklagte Bürge nur zu zahlen habe, falls nicht Gläubiger durch den Hauptschuldner Befriedigung erhält. Das Weitere ist dann in dem Vollstreckungsauftrage zum Austrage zu bringen. Die Beweislast, daß erfolglos exekutiert worden, trifft den Gläubiger.

3. **RG. 62** 51, JW. **06** 11. Im allgemeinen ist eine Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen nicht darin zu finden, daß er die ihm durch § 770 Abs. 2 beigelegte dilatorische Aufrechnungseinrede infolge eines Rechtsgeschäfts des Hauptschuldners verliert. S. auch u. § 768 Ziff. 2, 3.

§ 768. 1. Einwirkung des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangenen Urteils auf die Bürgschaft. S. JDR. **4** zu § 768. **a)** Pagenstecher, R. **06** 1313 f. Die rechtskräftige Aberkennung eines Anspruchs wirkt rechtsvernichtend, ähnlich wie Verzicht auf den Anspruch, Erlaß der Forderung. Hiernach folgt aus § 767 Abs. 1 Satz 1, nicht aber aus § 768 Abs. 1 Satz 1, daß der Bürge sich auf ein die Klage gegen den Hauptschuldner abweisendes Urteil berufen kann. Die Berufung auf das Urteil, mit der geltend gemacht wird, daß die Hauptforderung (selbst wenn sie bis dahin bestanden haben sollte) durch die rechtskräftige Abweisung jedenfalls erloschen sei, stellt sich dann nicht als „Einrede“ (im Sinne des BGB.), sondern als „rechtsverneinende Ein-

wendung" dar; denn der Bürge sagt damit nicht: „Ich verweigere die (geschuldete) Leistung," sondern „Ich schulde nicht mehr." — Weiteres von Pagenstecher s. insbes. IDR. **4** aaO. zu a. **b)** Meyer, R. **06** 852. Das im Prozesse gegen den Hauptschuldner über die Hauptverbindlichkeit ergangene Urteil ist für den Bürgen nicht bindend. Soweit aber zugunsten des Hauptschuldners erkannt ist, kann sich der Bürge auch seinerseits auf das Urteil berufen, da die dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen und Einreden auch von dem Bürgen geltend gemacht werden können.

2. Dilatorische Einreden, die der Schuldner verloren hat. **RG. 62** 51, IW. **06** 11, R. **06** 244. Der Bürge kann aus dem Rechte des Hauptschuldners nicht mehr die dilatorische Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend machen, wenn diese dem Hauptschuldner dadurch verloren gegangen ist, daß er seine Verbindlichkeit zur Werklohnzahlung, ohne die Einrede geltend zu machen, in eine Dahrlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 hat umwandeln lassen; ebenso wäre sie durch Zahlung jener Schuld verloren gegangen; eine bloße dilatorische Einrede macht eben die Schuld nicht zu einer Nichtschuld. Wegen der Aufrechnungseinrede vgl. § 767 Abs. 1 Satz 3.

3. Abs. 2. **RG. 62** 51, IW. **06** 11. Eine noch nicht vollzogene Aufrechnung fällt nicht unter die hier in Rede stehenden Einreden. S. auch o. Ziff. 2, u. § 767 Ziff. 3.

§ 769. 1. Hirsch, R. **06** 603 f. Aus der Tatsache der Gesamtbürgschaft allein ist die Eintragung einer gemeinschaftlichen Sicherungshypothek für mehrere Bürgen nicht möglich, es kommt vielmehr auf das unterliegende Rechtsverhältnis an. — Haben die Bürgen die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernommen, haben sie sich verbürgt, ohne daß der eine von der Bürgschaft des anderen etwas wußte, so würde die Bestellung einer gemeinschaftlichen Sicherungshypothek nicht zulässig sein. — Ist die Gesamtbürgschaft mit gegenseitiger Kenntnis übernommen, so kann man ohne Bedenken eine Gesellschaft nach § 705 BGB. annehmen. Es dürfte daher nichts im Wege stehen, die Sicherungshypothek für den Gesamtbürgen „als Gesellschafter" oder als „Mitberechtigte kraft „Gesellschaftsgemeinschaft" einzutragen.

2. Verbürgung für dieselbe Verbindlichkeit. SeuffA. **61** 232 (Braunschweig). Keine Mitbürgschaft im Sinne des § 769 liegt vor, wenn nach dem Zwecke der Verbürgung die sämtlichen einzelnen, je auf einen bestimmten Betrag beschränkten Bürgschaften neben- und unabhängig voneinander bestehen. So, wenn die Bürgen sich zwar durch einen formell einheitlichen Akt zu demselben wirtschaftlichen Zwecke verpflichtet haben, aber jeder Einzelbürge sich nicht mit den übrigen Bürgen für denselben Teil der Verbindlichkeit der Hauptschuldnerin verbürgt, sondern ein jeder sich für eine seiner Zeichnung entsprechende, von dem Leistungsobjekt der übrigen Bürgen verschiedene Quote der Hauptschuld verpflichtet hat. Der Sinn der Bürgschaftsübernahme ist dann der gewesen, daß die Gläubigerin in Höhe des additional sich ergebenden Gesamtbetrages der sämtlichen von den Bürgen gezeichneten Summen — insgesamt 69 000 M. — nicht nur in Höhe desjenigen Betrages gesichert sein sollte, zu welchem sich der am höchsten engagierte Bürge verpflichtet hat, d. i. in Höhe von 25 000 M. Denn die Absicht ging dahin, möglichst hohen Kredit für die Schuldnerin und möglichst hohe Sicherheit für die Gläubigerin zu erlangen. Auf das Verhältnis dieser selbständig nebeneinander für verschiedene Quoten einer einheitlichen Forderung bestehenden Bürgschaften kann der § 769 und folgeweise, da die Bürgen nicht Mitbürgen im Sinne des Gesetzes sind, § 774 Abs. 2 und § 426 nicht Anwendung finden. Vgl. u. zu § 774 Ziff. 2.

§ 770. 1. F. Schulz, GruchotsBeitr. **50** 269 ff. a) Wenn der Hauptschuldner seine Gegenforderung nicht gegen die verbürgte Forderung, sondern gegen eine andere Forderung des Gläubigers aufrechnet, oder wenn er die Gegenforderung dem Gläubiger erläßt, so entfällt das Verweisungsrecht des Bürgen. b) Der Hauptschuldner zediert die Gegenforderung; auch damit entfällt die Einrede des Bürgen. c) Der Gläubiger klagt gegen den Bürgen und tilgt, als dieser die Einrede aus § 770 Abs. 2 geltend macht, seine Schulden dem Hauptschuldner durch Zahlung. Hier wird der Bürge frei. Natürlich muß sich die Bezahlung seitens des Gläubigers auch subjektiv darstellen als die Aufgabe einer Befriedigungsmöglichkeit, d. h. der Gläubiger muß wissen, daß er aufrechnen könnte. d) Der Gläubiger verzichtet bei bereits bestehender oder sich entwickelnder Aufrechnungsklage in einem pactum de non compensando auf seine Aufrechnungsbefugnis. Geschieht dies nach erfolgter Verbürgung, so muß der Bürge frei werden. Die Gegenforderung von vornherein unter Ausschluß der Aufrechnung zu kreieren, ist natürlich gestattet. e) Es steht dem Gläubiger frei, mit einer anderen Forderung als der verbürgten gegen die Forderung des Hauptschuldners aufzurechnen. — Hat der Gläubiger außer der bürgschaftlich gesicherten Forderung noch eine andere Forderung gegen den Hauptschuldner, so muß man dem Bürgen die Einrede aus § 770 Abs. 2 verweigern, soweit die Gegenforderung des Hauptschuldners mit der ungesicherten Forderung sich der Höhe nach deckt.

2. *Mantey, GruchotsBeitr. **50** 542 ff. Diese Vorschrift ist singulär und hat ein enges Anwendungsgebiet. Sie gibt dem Bürgen nicht exc. doli, sondern nur exc. ex lege (§ 770 Abs. 2 BGB.). Wird die Aufrechnungsklage durch Zahlung seitens des Gläubigers oder durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Schuldner beseitigt, so verstößt das nicht gegen Treu und Glauben, und der Bürge kann sich nicht dagegen auf §§ 226, 826, 767 BGB. berufen. Wohl aber ist § 770 Abs. 2 anwendbar, wenn der Gläubiger durch seine Aufrechnung auch nur einen Teil der Forderung zum Erlöschen bringen könnte. Vgl. dagegen Goldmann-Lilienthal I 816, Schulz, GruchotsBeitr. **50** 270 ff., o. Ziff. 1.

§ 773. 1. Ziff. 1. ElsLothJZ. **06** 489 (Colmar). Als selbstschuldnerische Bürgschaft ist auch die sog. nur bestärkende Schuldübernahme anzusehen. Auf sie muß daher im Gegensatz zu der Schuldübernahme nach § 414 die Formvorschrift des § 766 Anwendung finden, soweit nicht § 350 HGB. entgegensteht.

2. Ziff. 2. ElsLothJZ. **06** 449, R. **06** 50 (Colmar). Wenn schon bei einem die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner wesentlich erschwerenden bloßen Wechsel seines Aufenthaltsorts, sei es auch bei einem Wechsel innerhalb des Inlandes, die Rechtswohltat der Vorausklage dem Bürgen versagt ist, so ist dies um so mehr dann der Fall, wenn seit der Verbürgung der Aufenthalt des Hauptschuldners unbekannt geworden ist, oder wenn er gar sich vor seinen Gläubigern verborgen hält und sein Aufenthalt von dem Bürgen vor dem klagenden Gläubiger verborgen gehalten wird. Das gleiche gilt, wenn der Aufenthalt des Hauptschuldners bald verborgen, bald zwar bekannt, aber veränderlich ist.

3. Ziff. 3. Bendix, BayRpflZ. **05** 126. Die Einrede der Vorausklage ist durch die einmal geschehene Konkurseröffnung dauernd beseitigt; die subsidiäre Haftung des Bürgen tritt durch die Beendigung des Konkursverfahrens infolge Einstellung (§ 205 KO.), Schlußverteilung (§ 163) oder Zwangsvergleich (§ 190) nicht wieder ein. — Wird das Konkursverfahren durch Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 116 KO.) rückgängig gemacht, so kann der Bürge die Einrede der Vorausklage mit Erfolg vorschützen.

§ 774. 1. Befriedigung. OLG. **13** 430 (Naumburg). „Befriedigung" im Sinne des § 774 bedeutet Tilgung der Hauptschuld; Sicherstellung genügt nicht. (Nicht genügend daher, wenn der Gläubiger von der auf dem Grundstück des Schuldners für den Bürgen eingetragenen Hypothek einen Betrag in der Bürgschaftshöhe pfändete, sich überweisen ließ und die Umschreibung des Betrags auf seinen Namen im Grundbuche durchsetzte.)

2. Anspruch des Bürgen auf Auskunfterteilung. SeuffA. **61** 232, R. **06** 1079 (Braunschweig). Der Übergang der Forderung auf den Bürgen hat gemäß § 412 i. V. mit § 402 die Folge, daß der Gläubiger verpflichtet ist, dem Bürgen die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen, auch dann, wenn der Bürge die Forderung nicht gegen den Hauptschuldner, sondern gegen Mitbürgen, welche sich für diese Verbindlichkeit verbürgt haben, geltend machen will. Denn mit der surrogierten Forderung gehen auch die für sie bestellten Bürgschaften über. Jedoch kann der Bürge das Recht auf Auskunfterteilung nicht einredeweise gegen den sein Forderungsrecht erst verfolgenden, noch unbefriedigten Gläubiger geltend machen, insbesondere hat der Bürge kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273, da er noch gar keinen „fälligen Anspruch" hat. (Vgl. hierzu o. zu § 273 Ziff. 7b.) Aber auch der Anspruch auf Auskunfterteilung selbst im Falle der Befriedigung steht dem zahlenden Bürgen nur zu, wenn er ihrer zur Geltendmachung der surrogierten Forderung, d. h. als Mitbürgen, um Regreß gegen die übrigen Bürgen nehmen zu können, bedarf. Das setzt voraus, daß in Ansehung der surrogierten Forderung ein Gesamtschuldverhältnis zwischen ihm und den übrigen Bürgen bestanden hätte, d. h. wenn sich sämtliche Bürgen für dieselbe Forderung verbürgt hätten. Wenn ein solches nicht vorliegt (vgl. o. zu § 769 Ziff. 2), so geht zwar, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn über, aber dieser Übergang hat nicht den Übergang der Rechte gegen die übrigen Bürgen zur Folge. Ist demnach der zahlende Bürge nicht kraft gesetzlichen Überganges berechtigt, von den übrigen Bürgen Ausgleich zu verlangen, so fehlt es an der notwendigen Voraussetzung für die Auskunftspflicht des § 402. Zur Geltendmachung etwaiger vertragsmäßiger Regreßansprüche die nötige Auskunft zu erteilen, ist der Gläubiger nicht verpflichtet.

3. Kein Übergang bei Schulderlaß. OLG. **13** 430 (Hamburg). Der Übergang der Forderung ist ausgeschlossen, wenn sie dem Schuldner erlassen und dadurch untergegangen ist. Das ist auch dann der Fall, wenn der Gläubiger nur dem Schuldner persönlich die Schuld erlassen, den Bürgen aber nicht entlassen wollte. Ist auch bei einem Gesamtschuldverhältnis ein solcher Erlaß nach § 423 zulässig, so ist er es doch nicht, soweit es sich um die Bürgschaft handelt, denn für die Verbindlichkeit des Bürgen ist gemäß § 767 der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend, und nach § 768 stehen dem Bürgen alle Einreden des Hauptschuldners zu. (Vgl. die ausdrückliche Bestätigung in KO. § 193 Satz 2.)

4. Abs. 1 Satz 2. **a)** *Danziger, JW. **06** 372. Der Abs. 1 Satz 2 verhindert, daß der Bürge den die Hypothek nach § 1143 BGB. erwerbenden Eigentümer sofort wieder belangt. Da gemäß § 1143 der Eigentümer völlig in die Rechte des Gläubigers eintritt, gebührt ihm auch der Schutz des § 774 Abs. 1 Satz 2, wonach der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Es tritt also tatsächlich die Folge ein, daß der zunächst Zahlende die Zahlung endgültig auf den anderen Mitverpflichteten abwälzt. **b)** R. **06** 50 (Stuttgart). Wenn der Bürge, der sich für eine durch Hypothek gesicherte Forderung verbürgt hat, den Gläubiger zum Teil befriedigt, so geht kraft Gesetzes der betreffende Teil der Forderung mit der entsprechenden

Teilhypothek auf ihn über, jedoch so, daß die übergehende Teilhypothek der dem Gläubiger verbleibenden Resthypothek im Range nachsteht.

5. Abs. 1 Satz 3. Marcus 5/6. Praktisch wichtig ist die Frage, wie die Subrogation zu behandeln, wegen der Einredemöglichkeit des Hauptschuldners gegenüber dem regreßnehmenden Bürgen. Satz 3 Abs. 1 betrifft nur die Einwendungen gegen Ersatzansprüche aus besonderem, die causa der Verbürgung darstellendem Rechtsverhältnisse. Davon ist die Subrogation eben unabhängig. Der herrschenden Ansicht, die auch dem Subrogationsanspruche gegenüber die Einreden des Hauptschuldners, die er gegen den abgefundenen Gläubiger hätte geltend machen dürfen, bestehen lassen will (**RG. 59** 209), steht das Bedenken entgegen, daß § 412 die Zessionsgrundsätze auf die Fälle der „Übertragung" einer Forderung kraft Gesetzes angewandt wissen will, § 774 aber einen Fall von „Übergang" einer solchen behandelt. Sieht man in der übergegangenen Forderung die alte, zwar bezahlte, aber im Dienste der Regreßidee fortdauernde Forderung, so kann der Schuldner dem Bürgen Gegenforderungen, die ihm gegen den Gläubiger zustehen, im Regreßprozesse aus Subrogation nicht entgegensetzen, es sei denn im Gewande des Ersatzanspruchs aus besonderem Rechtsgrunde. — Der Bürge kann lediglich auf Grund der Quittung des Gläubigers seine Klage erheben. Der Schuldner hat die Beweislast für alle anspruchbegrenzenden oder mindernden Einredebehauptungen.

6. Abs. 2. **a)** *Schneider, HoldheimsMSchr. **06** 1 ff. Haften mehrere Bürgen für dieselbe Forderung in verschiedener Höhe und nur, soweit sich die Bürgschaften decken, als Gesamtschuldner, so kann derjenige Bürge, welcher einen Teil seiner Bürgschaftsschuld tilgt, bloß dann von den Mitbürgen Ausgleichung gemäß § 426 verlangen, wenn durch seine Leistung das Gesamtschuldverhältnis und damit die Bürgschaftsschuld der Mitbürgen gemindert wurde. Letzteres trifft ausnahmslos nur auf Leistungen des zum geringeren Betrage haftenden Bürgen im Verhältnisse zu den mit einem höheren Betrage haftenden zu. Im übrigen entscheidet sich die Frage, ob der zahlende Bürge von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann, nach der Höhe der Hauptschuld und der einzelnen Bürgschaftsschulden zur Zeit der Zahlung sowie nach dem Betrage der Leistung des zahlenden Bürgen. **b)** **RG.** JW. **06** 305. Kläger und Beklagter waren für die Schuld eines Dritten durch Unterzeichnung der von diesem akzeptierten Wechsel eingetreten und hatten dabei die Rollen in der Weise gewechselt, daß die ersten Wechsel vom Beklagten als Aussteller und Girant, der letzte vom Kläger als Aussteller und Girant unterzeichnet wurden. Hiernach hatte gemäß den ersten Wechseln Beklagter als Vormann des Klägers keinen Regreßanspruch gegen diesen, während in dem letzten Kläger keinen Wechselregreß gegen den Beklagten hatte. Dieses Übereinkommen der Mitbürgen über ihre gegenseitige Ausgleichung, das zweifellos als ein gegenseitiger Ausgleich beabsichtigt war, kann nicht den Sinn gehabt haben, daß die Ausgleichung sich nur auf den Fall erstrecken solle, daß einer von ihnen Regreß gegen den anderen nehme. Die Absicht muß vielmehr dahin gegangen sein, sich gegenseitig durch Übernahme der Hälfte für den Fall zu sichern, daß einer von ihnen als Wechselverpflichteter in Anspruch genommen werde. Es ist demnach bedeutungslos, daß nach dem letzten Wechsel der Kläger keinen Wechselregreß gegen den Beklagten hat.

7. **RG.** JDR. **4** § 774 Ziff. 4c, s. jetzt auch **RG. 61** 343, BöhmsZ. **06** 324, R. **06** 50.

§ 775. Abs. 1 u. 3. Angewandt in BadRpr. **06** 50 (Karlsruhe).

§ 776. 1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers. S. JDR. **1** Abs. 2, **2** Abs. 3, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1. **a)** **RG.** SeuffA. **61** 190, R. **06** 50 Ziff. 29, s. bereits JDR. **4** Ziff. 1b. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 657, R. **06** 1260,

s. bereits IDR. **4** Ziff. 1c. **c)** PosMschr. **06** 30 (Marienwerder). Die Sorgfaltspflicht des Gläubigers ergibt sich aus Treu und Glauben (§§ 157, 242). Sie ist in folgendem Falle nicht als verletzt anzusehen: rechtzeitig die Forderung zum ersten zulässigen Termin gekündigt, fortwährend an Zahlung erinnert und mit Klage gedroht; durch Teilzahlungen 1100 M. erhalten. Daher keine Pflicht zur Klagerhebung, weil die Schuldner nicht bösartig, sondern nur außerstande, mehr zu zahlen.

2. OLG. **12** 98, R. **06** 442 (Hamburg). Die Bürgschaft ist an sich ein einseitiger Vertrag. Der Gläubiger ist dem Bürgen zu irgendwelchen Leistungen, in deren Beschaffung er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt oder gar die Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers zu bewähren hätte, nicht verpflichtet. Wenn auch der Gläubiger nach § 776 auf die Gefahr des Verlustes seines Anspruchs gegen den Bürgen hin Vorzugsrechte rc. aufgibt, so ist er diesem gegenüber doch nicht verpflichtet, solche Vorzugsrechte zu besitzen, und er hat aus dem Bürgschaftsvertrage an sich nicht dafür aufzukommen, daß, wo ihm solche Vorzugsrechte (z. B. mit Blankozession des Schuldners versehene Grundschuldbriefe) gewährt sind, diese auch rechtsbeständig sind; auch ist er nicht verpflichtet, den Mangel im Recht zu kennen und darauf aufmerksam zu machen. Eine solche Verpflichtung besteht nur, wenn seine Dienste als Bankier vertraglich in Anspruch genommen werden.

3. SchlHolstAnz. **06** 328 (Kiel). Die Aufgabe eines Rechtes setzt den Willen, dieses Recht aufzugeben, und die Betätigung dieses Willens voraus. Bei einem ohne jedes Zutun des Berechtigten durch die Handlung eines Dritten erfolgten Verluste eines Rechtes kann von der Aufgabe des Rechtes nicht gesprochen werden. (Daher keine Aufgabe der Hypothek, wenn der Hypothekengläubiger von seinem Rechte nach §§ 1134, 1135, der Versteigerung des Inventars durch den Konkursverwalter zu widersprechen, keinen Gebrauch macht und auch sein Pfandrecht an dem Erlöse nicht verfolgt. Die etwa darin liegende Nachlässigkeit, daß er trotz der Aufforderung des Bürgen seine Rechte nicht geltend macht, kommt nicht in Betracht, da dem Gläubiger eine Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen nicht obliegt. Nur absichtlich schädigendes Verhalten würde ihn haftbar machen.)

4. **RG.** ZBlFG. **7** 200. Der Verkauf des Pfandes non justo pretio bewirkt den Verlust des Anspruchs gegen den Bürgen insoweit, als der Gläubiger imstande war, durch Verkauf des Pfandes Befriedigung zu erlangen. (Entschieden in einem gemeinrechtlichen Falle, wo ein Hypothekengläubiger, der wegen seines in der Zwangsversteigerung erlittenen Ausfalles den Bürgen der Hypothek in Anspruch nimmt, den Ausfall teilweise selbst dadurch verschuldet hat, daß er nicht in der Zwangsversteigerung den Wegfall einer ihm im Range nachstehenden Wegegerechtigkeit als Versteigerungsbedingung gestellt hat.) Der Gläubiger handelt arglistig, wenn er trotzdem wegen dieses Ausfalls den Bürgen belangt. — Noch heute von Wichtigkeit wegen § 9 Abs. 2 EGZVG.

§ 777. 1. **RG. 63** 11, JW. **06** 229, DJZ. **06** 598. Die Vorschrift im § 777 bezieht sich nur auf die Bürgschaft für Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, welche bei der Übernahme der Bürgschaft bereits bestehen. S. ferner u. Ziff. 2.

2. **RG. 63** 11, JW. **06** 229, DJZ. **06** 598, R. **06** 619. Der Zusatz zu einer selbstschuldnerischen Bürgschaft „und zwar ist die Bürgschaft gültig bis zum 15. 8. 02“ bedeutet nicht, daß der Beklagte überhaupt nur bis zum 15. 8. 02 als Bürge gebunden sein und auch für die bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten nur dann aufkommen wolle, wenn sie in der gesetzten Frist fällig geworden seien und der Kläger auch bereits innerhalb der Frist den Beklagten als

Bürgen in Anspruch genommen habe. Vielmehr ist nach dem Wortlaute, dem inneren Zusammenhange und der unter Kaufleuten üblichen Ausdrucksweise das nächstliegende, dies so zu verstehen, es sei damit lediglich der Kreis der Forderungen, auf die sich die Bürgschaft beziehen sollte, zeitlich beschränkt worden, nämlich dahin, daß sie nur für Forderungen des Klägers aus der Zeit bis zum 15. 8. 02 gültig sein solle. Der Umstand, daß der Beklagte vor Ausstellung der Urkunde bei zwei Gelegenheiten gegenüber dem Hauptschuldner und dessen Ehefrau Äußerungen getan hat, aus denen zu folgern ist, daß der Beklagte keinen Augenblick länger als bis zum 15. 8. 02 habe haften und mit diesem Augenblick klar habe sehen wollen, woran er sei, ist nicht entscheidend für die erste Auslegungsalternative. Hierfür kommt es nicht darauf an, was der Beklagte seinerseits gedacht und beabsichtigt hat, sondern darauf, was er dem Kläger tatsächlich erklärt hat und wie dieser die Erklärungen nach Treu und Glauben verstehen durfte. Seine Erklärungen würden für die Vertragsauslegung höchstens dann Bedeutung haben können, wenn sie vor oder bei Abschluß des Bürgschaftsvertrags dem Kläger bekannt geworden wären. Vgl. a. o. unter Ziff. 1. S. a. JDR. **2** Ziff. 1.

§ 778. 1. PosMschr. **06** 6, R. **06** 374 (Marienwerder). Im Anschluß an **RG. 56** 135 — s. JDR. **3** Ziff. 2a Abs. 2 — wird erfordert, daß der Kreditauftrag zur Perfektion der Annahme durch den Beauftragten bedürfe.

2. Kreditbrief. **RG.** BankA. **6** 46. Auf das bei Ausstellung eines Kreditbriefs — einer Unterart der Anweisung zur Zahlung — entstehende Rechtsverhältnis findet § 778 keine Anwendung. § 778 setzt voraus, daß der Beauftragte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gebe. Wer einen Kreditbrief honoriert, erwirbt durch die Auszahlungen kein Forderungsrecht gegen den Inhaber des Briefes. Der Akkreditierte erhält keinen Kredit, sondern Zahlung. Die Rechtsfolgen aus der Honorierung betreffen das Verhältnis zwischen Anweisenden und Angewiesenen; soweit danach der zahlende Angewiesene ersatzberechtigt ist, haftet der Anweisende als Hauptschuldner, nicht als Bürge. Vgl. § 790.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

Vorbemerkung: Besonders hervorhebenswert sind diesmal die zu § 779 Ziff. 6 verzeichneten Entscheidungen, welche die Wirkung des gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichs auf den Prozeß behandeln. Die Nichtigkeit eines Vergleichs soll nach dem RG. erst in und mit einem neuen Prozesse geltend gemacht werden können, sofern sie nicht vielleicht von Anfang an feststeht; für diesen Fall läßt das RG. die Frage in der Schwebe. Theoretisch zutreffend mag der Standpunkt sein, — ob er auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht? Im übrigen sind im wesentlichen nur die einzelnen begrifflichen Voraussetzungen (§ 779 Ziff. 2) in bekanntem Sinne von neuem entschieden worden.

§ 779. 1. Dogmatisches und Kritisches. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1. Behrend, BuschsZ. **36** 189—192, wendet sich gegen Rietsch 42 (s. JDR. **4** § 779 Ziff. 1), nach dem Streit und Ungewißheit immer etwas Zweiseitiges sein müssen, während die Unsicherheit über die Anspruchsverwirklichung sich nur auf den Anspruchsberechtigten bezieht und die einseitige Inanspruchnahme eines Rechtes dem gleichsteht. Nach Behrend ist es wohl möglich, einen Vergleich zu schließen, auch wenn nur ein Teil sich in Ungewißheit befindet (Mangel an Beweismitteln). — 191 bekämpft er Rietschs Gesetzesvorschlag.

2. Begriffliches. a) „Ungewißheit". **RG.** SeuffBl. **06** 674. Es ist nicht notwendig, daß in bezug auf ein Rechtsverhältnis als solches eine Ungewißheit besteht, diese kann sich auch auf die Modalitäten eines Rechtsverhält-

nisses, insbesondere auf den Umfang und die Fälligkeit des daraus hervorgehenden Anspruchs erstrecken. (So enthält folgender Tatbestand eine durch den Vergleich zu beseitigende Ungewißheit: Die ehemalige Braut hatte früher schlechthin eine Entschädigung wegen Bruches des Verlöbnisses begehrt, der Bräutigam hatte ihr darauf eine kleine Entschädigung versprochen, weil er einen Skandal vermeiden wollte. Dagegen erhellt nichts darüber, daß sich die Braut mit einer kleinen Entschädigung zufrieden erklärt hatte und daß Bestimmung darüber getroffen war, wann die Entschädigung zu zahlen sei. Diese Ungewißheit konnte durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden.) **b)** „Zugrunde gelegter Sachverhalt.“ **RG. 61** 318, R. **06** 181. Wenn die Paziszenten sich im Irrtum über einen Punkt befunden haben, der einen Gegenstand des Vergleichs ausmachte, so kann dies dessen Unwirksamkeit nicht zur Folge haben. Unter dem „zugrunde gelegten Sachverhalte“ sind vom Gesetze gerade andere tatsächliche Voraussetzungen verstanden, auf welche der Streit oder die Ungewißheit sich nicht bezieht. (So keine Unwirksamkeit, weil die den Streitpunkt bildende Frage, ob eine gewisse Zahlung erfolgt war, sich nachträglich in einem anderen Sinne als bei Abschluß des Vergleichs entschieden hat. Die Ungewißheit bzw. der Mangel eines Beweises der erfolgten Zahlung war eben gerade der Punkt, der durch den Vergleich erledigt werden sollte. Selbst wenn man aber die Ungewißheit bzw. den Mangel des Beweises der erfolgten Zahlung mit unter den „zugrunde gelegten Sachverhalt“ rechnen wollte, so wäre dann zu sagen, daß es nicht deswegen, weil jetzt Beweis für die in Rede stehende Zahlung vorliegt, weniger der Wirklichkeit entspricht, daß bei Abschluß des Vergleichs für die Kontrahenten die Tatsache der Zahlung ungewiß war, und es an Beweis für dieselbe fehlte.) **c)** Nachgeben. S. a. JDR. **2** Ziff. 7a, **3** Ziff. 2b, **4** Ziff. 3a. OLG. **13** 253 (Dresden). Ein Abkommen, daß Beklagte ihren Einspruch zurückzieht und die durch das Einspruchsverfahren entstandenen Prozeßkosten trägt, Kläger aber diese Prozeßkosten bis zum 15. 11. stundet, ist kein Vergleich. Denn es enthält eine vollständige Unterwerfung der Beklagten unter die Ansprüche des Klägers. Die Gestundung wegen der Kosten enthält kein Zugeständnis, kein Nachgeben des Klägers, da er auch sonst, wäre der Rechtsstreit fortgesetzt und entschieden worden, bis zum 15. 11. die Kosten nicht hätte erstattet verlangen können. **d)** Vergleich über klaglosen Vertrag. **RG.** R. **06** 1375. Ein Vergleich, der den Streit über die Klagbarkeit eines Vertrags erledigen soll, ist nicht deshalb unwirksam, weil das Geschäft in Wahrheit nicht klagbar und die Partei, die diese Ansicht vertrat, im Rechte war. Vgl. o. zu § 656 Ziff. 3.

3. Beweislast. **RG.** PucheltsZ. **06** 383. Mit der unter Beweis gestellten Behauptung, alle Beteiligten seien ausdrücklich darüber einverstandeu gewesen, daß mit dem schriftlichen Vergleich alle Forderungen der Gegenseite, auch die bereits erwachsenen Ansprüche, beseitigt sein sollten, wird nicht bezweckt, eine mündliche Vereinbarung gegen den Inhalt der Vertragsurkunde zu behaupten, sondern es soll der von den Parteien der Urkunde bei ihrer Errichtung übereinstimmend gegebene Sinn festgestellt werden. Dieser Beweis muß erhoben werden. Vgl. **RG.** JW. **06** 11.

4. Verhältnis zu Formvorschriften. S. JDR. **4** Ziff. 3e. **a) RG.** GruchotsBeitr. **50** 662, DJZ. **06** 145, R. **06** 51, JW. **05** 721. Wenn zwar der Vergleich als solcher einer besonderen Form nicht bedarf, so kann doch die Rechtsänderung, welche durch den Vergleich herbeigeführt oder auf Grund desselben vorgenommen werden soll, die Beobachtung einer Form erforderlich machen; ebenso wie auch der Kaufvertrag — von besonderen Ausnahmen abgesehen (§ 313) — an sich an eine Form nicht gebunden ist, wohl aber der Erbschaftskauf. So unterliegt ein Erbvergleich, welcher die Veräußerung angefallener Erbschaftsteile

zum Inhalte hat, der durch §§ 2385 I, 2371 vorgeschriebenen Form (arg. e contr.) **b**) OLG. **13** 429 (Braunschweig). Wenngleich der Vergleich als solcher an keine Form gebunden ist, so kann trotzdem die Rechtsänderung, die durch ihn herbeigeführt werden soll, die Beobachtung einer Form erforderlich machen. (So muß die Vereinbarung, durch welche der Käufer auf die ihm durch die arglistige Täuschung erwachsenen Nachteile gegen Nachlaß von 50 M. am Kaufpreise für das Grundstück verzichtet, in der Form des § 313 geschlossen werden. Denn auch alle Änderungen des ursprünglichen Vertrags stehen unter dem Formzwange, § 313.)

5. Wirkung inter partes. OLG. **13** 429 (KG.). Der Vergleich stellt, wie das Urteil, nur zwischen den Prozeßparteien Recht her. (Daher kann der jetzt Beklagte, der in dem über die Gläubigerschaft von den Forderungsprätendenten geführten Rechtsstreit nicht zugezogen war, sich als Schuldner jener Forderung auf den Vergleich nicht berufen; es müßte denn im Vergleich eine Abtretung der Rechte des damaligen Beklagten an seine Prozeßgegnerin enthalten und damit zugleich die Aktivlegitimation des damaligen Beklagten erloschen sein.)

6. Wirkung auf den Prozeß. **a**) Der Prozeßvergleich. α. **RG.** SeuffA. **61** 170. Der Prozeßvergleich hat nicht Urteilsnatur, sondern beruht außerdem, daß er Prozeßhandlung ist, seinem Wesen nach, wie jeder Vergleich, auf einem Vertrage. Es kann daher geltend gemacht werden, daß der Prozeßvergleich aus Gründen des materiellen Rechtes nichtig oder anfechtbar sei. Dies kann aber nicht in dem durch den Vergleich endgültig erledigten Prozesse, sondern nur in einem neuen Rechtsstreite geschehen. Wenigstens ist in einem Falle, wo die Nichtigkeit noch unentschieden ist und erst durch die weitere Verhandlung festgestellt werden soll, ein solches nachträgliches Verfahren ausgeschlossen; ob es dann zulässig wäre, wenn die Nichtigkeit des Vergleichs von Anfang an feststände, läßt RG. dahingestellt. Vgl. §§ 214, 794 ZPO. β. Horchler, BayRpflZ. **06** 357 f., führt im Anschluß an diese Entscheidung aus: Der Prozeßvergleich ist keine Prozeßhandlung, sondern ein nach bürgerlichem Rechte zu beurteilendes Rechtsgeschäft. Der Prozeß endet nicht im Vergleich, sondern er wird dadurch abgeschnitten. Die Rechtskraft ist ein Institut des Prozeßrechts, bestimmt, die Urteilssatzung dem widerstreitenden Willen einer oder beider Parteien gegenüber durchzusetzen; es wäre überflüssig, diese Macht dem Vergleiche, also einer Willenseinigung der Parteien, zu verleihen, auch würde es mit dem Begriffe der Rechtskraft nicht im Einklange stehen, daß die Vertragsteile jederzeit durch eine neue Abmachung die frühere Vereinbarung aus der Welt schaffen können. — Wenn wir dem Vergleich eine Rechtskraft nicht zuerkennen, so ist ohne weiteres klar, daß im Falle der Nichtigkeit des Vergleichs einem weiteren Verfahren nicht die Einrede der Rechtskraft entgegensteht, ein solches daher zulässig ist. — Für die Anfechtung des Prozeßvergleichs sind die Regeln des bürgerlichen Rechtes maßgebend. — Das der Anfechtung folgende weitere Verfahren gestaltet sich als einfache Fortsetzung des vor Vergleichsschluß anhängig gewesenen Prozesses. **b**) Der außergerichtliche Vergleich. α. BadRpr. **06** 154 (Karlsruhe). Gegen die Fortsetzung des Rechtsstreits durch den Kläger, welcher sich durch Vergleich auch zur Klagerücknahme verpflichtet hatte, steht dem Beklagten die materiellrechtliche Einrede zu, daß die Streitsache durch Vergleich ihre Erledigung gefunden habe. Daß der Vergleich nur in der Unterstellung des sicheren Zustandekommens eines Gesellschaftsverhältnisses abgeschlossen worden sei, kann Kläger nicht replizieren, da das BGB. die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung nicht kennt, auch § 779 Abs. 1 nicht zutrifft. (Das nach dem Vergleichsabschlusse vom Vorderrichter erlassene Urteil in der Hauptsache ist demnach aufgehoben und der Rechtsstreit als in der Hauptsache erledigt erklärt worden, ohne daß

hierdurch die Frage, ob Kläger mit einer neuen Klage gegen den Beklagten vorgehen kann, in verneinendem Sinne entschieden werden sollte.) β. DJZ. **06** 488 (KG.). Trotz des außergerichtlichen Vergleichs ist das Berufungsgericht befugt, im Prozesse zu entscheiden. Allerdings regelt der Vergleich die rechtlichen Verhältnisse der Parteien neu und bildet deshalb die Grundlage der Entscheidung. γ. R. **06** 50 (Hamm). Durch einen nach Erhebung der Klage außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich wird der im Prozesse befangene Anspruch, aber nicht der Prozeß selbst erledigt. Dies gilt nur für den gerichtlichen Vergleich. (Vgl. § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.)

7. Ungerechtfertigte Bereicherung bei Unwirksamkeit des Vergleichs. **RG. 61** 318. Besteht eine in dem Vergleich übernommene Verbindlichkeit wegen Unwirksamkeit des Vergleichs in Wirklichkeit nicht, so liegt hinsichtlich des zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit ausgestellten Schuldanerkenntnisses ein Fall ungerechtfertigter Bereicherung vor. (§§ 812 Abs. 2 und 821.)

8. Einzelfälle aus der Rechtsprechung. **a) RG.** BayRpflZ. **06** 441. Der Gläubiger einer auf Rückzahlung einer Kaution gerichteten Forderung, welcher mit dem Schuldner vereinbart, daß dieser sich wegen einer ihm (Schuldner) zustehenden Bürgschaftsforderung an die in seinem Besitze befindliche Kaution halten dürfe, während der Schuldner ihm wegen des aus der Bürgschaft bar zu zahlenden Überrestes Stundung gewährt, schließt mit jenem einen Vergleich; zugleich enthält diese Vereinbarung ein im Wege des Vergleichs erteiltes, also nach § 782 trotz der mündlichen Form rechtswirksames Schuldanerkenntnis, das ein selbständiges Recht auf Erfüllung für den Schuldner begründet. Vgl. o. zu § 407 Ziff. 7. **b) RG.** GruchotsBeitr. **50** 391. Ein Erblasser war zweimal verheiratet gewesen. Mit seiner ersten Gattin hatte er einen Erbvertrag errichtet, inhalts dessen nach dem Tode des zuerst versterbenden Teiles dessen Nachlaß je zur Hälfte an den überlebenden Ehegatten und an den Sohn Paul fallen sollte. Mit der zweiten Gattin schloß er später ebenfalls einen Erbvertrag, in welchem die Gatten wechselseitig zu Erben einsetzten: 1. den überlebenden Gatten, 2. den Sohn Paul, 3. die Kinder zweiter Ehe. Nach dem Tode der Ehegatten und des nach dem Vater, vor der Stiefmutter verstorbenen Sohnes Paul schlossen dessen ihn beerbende Witwe und die Kinder zweiter Ehe einen Vergleich, wonach diese der Witwe 3000 M. zahlen sollten. Dessen weigerten sie sich später mit der Behauptung, daß sie sich bei dem Abschlusse des Vergleichs in dem Irrtum befunden hätten, daß Paul aus dem zweiten Erbvertrage auch am Nachlasse seiner nach ihm verstorbenen Stiefmutter Erbanrechte gehabt habe. OLG. Naumburg hat diesen Irrtum für bedeutungslos erklärt, da Paul auf Grund des zweiten Erbvertrags als Erbe seines Vaters jedenfalls das vererbliche Recht erworben habe, den vierten Teil der Nachlassenschaft seiner Stiefmutter nach deren Tode ausgeantwortet zu erhalten, der Unterschied in dieser rechtlichen Auffassung des Anspruchs des Paul sei unerheblich, weil die wirtschaftliche und praktische Bedeutung dieses Anspruchs in beiden Fällen gleich sei. RG. führt aus, daß der verstorbene Paul kein vererbliches Anrecht an dem Vermögen seiner ihn überlebenden Stiefmutter gehabt habe (vgl. über diesen Transmissionsfall u. zu § 2269), und nimmt an, daß bei dieser Sachlage die Kinder zweiter Ehe sich auf den § 779 berufen können.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Die im JDR. **4** zurückgestellte umfassende Arbeit M. Rümelins (s. JDR. **4** Vorbem. zum 20. Titel) ist inzwischen zum Abschlusse gelangt und deshalb jetzt berücksichtigt; der außerordentlich beachtenswerte Selbstbericht, der in sich ein geschlossenes und fein gegliedertes Ganze bedeutet, gibt eine ungefähre Vorstellung von dem Gedanken-

reichtum und theoretischen Scharfsinn, den der Verf. auf die begrifflichen Fragen in seiner Abhandlung verwendet hat. Auch ein anderer Causa-Spezialist — Klingmüller — hat sich wieder vernehmen lassen; Schöninger berührt in anderem Zusammenhange in interessanter Weise die Fragen der §§ 780 ff. Die Rechtsprechung hat, ohne sich mit den grundsätzlichen Problemen zu befassen, eine Reihe wesentlicher Vertragstatbestände zur Erörterung gebracht, die höchst lehrreich sind und bisweilen zum Vergleiche herangezogen werden sollten.

Literatur: Klingmüller, Causa und Schuldversprechen, GoldschmidtsZ. 58 152—193. — M. Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB., ACivPr. **98** 169—346 und Sonderabdruck. Tübingen 1905. — Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes. Tübingen 1906. — Thiele, Das Anerkenntnis, JW. **06** 413—416.

Zu §§ 780 ff. 1. *Rümelin. a) Abgrenzung des Anwendungsgebiets der §§ 780, 781. Unter selbständigem Schuldversprechen im Sinne des § 780 ist zu verstehen der zur (ev. modifizierten) Durchführung oder Sicherung einer vorausgesetzten Grundobligation abgeschlossene obligatorische Vertrag, dem von der Rechtsordnung, der Parteiintention entsprechend (d. h. in Übereinstimmung mit noch näher zu bestimmenden Parteizwecken) unabhängig vom Bestehen jener Grundobligation eine verpflichtende Wirkung, wenn auch nur in provisorischer Weise, beigelegt wird. Wo, wie bei der Schuldübernahme (auch der kumulativen), völlige Abhängigkeit von einer vorausgesetzten Grundobligation besteht, liegt kein Versprechen im Sinne des § 780 vor. Indiskrete Fassung ist irrelevant. Das Versprechen kann unter beliebigen Bedingungen, auch unter der Bedingung einer Gegenleistung (anders Klingmüller) abgegeben sein. Schuldscheine mit causa specialiter expressa sind namentlich dann als selbständige Verpflichtungen aufzufassen, wenn sie nicht erkennbar gemachte Modifikationen des ursprünglichen Schuldverhältnisses enthalten oder wenn das angegebene Kausalverhältnis fingiert ist. Der Schuldumwandlungsvertrag des § 607 Abs. 2 ist ein selbständiges Schuldversprechen, sobald die ausschließliche Begründung der Klage auf den betreffenden Vertrag den Parteizwecken entspricht, was in der Regel der Fall sein wird. Ein weiteres Anwendungsgebiet des § 780 sind endlich noch die reinen Delegationsversprechen, bei denen nicht die Voraussetzungen des § 783 vorliegen. — Bei den Anerkenntnisverträgen des § 781 handelt es sich ebenfalls um Obligationsbegründungen zur Erreichung derselben Hilfsgeschäftszwecke wie beim Schuldversprechen. Von diesem unterscheidet sich das Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 nur durch die Form. Es ist ihm nicht etwa der Zweck der Außerstreitsetzung wesentlich. (In der Literatur werden mehrfach die Anerkenntnisverträge mit solchen Außerstreitsetzungsverträgen identifiziert.) b) Die Geschäftszwecke. Schlechthin ausgeschlossen erscheint es, die SchV. und SchA. von dem sog. abstrakten Verpflichtungswillen der Parteien abhängig zu machen, da ein solcher auf eine formale Rechtswirkung gerichteter Parteiwille, wenngleich logisch möglich, tatsächlich so gut wie gar nicht vorkommt. Vielmehr sind eine Reihe verschiedener Hilfsgeschäftszwecke zu unterscheiden, bei deren Vorliegen man den angeblichen abstrakten Verpflichtungswillen zu supponieren pflegt. Diese Zwecke sind: α. Die Erleichterung der Klagebegründung für den Gläubiger, dem die Klagerhebung ermöglicht werden soll, ohne daß er nötig hat, auf das Kausalverhältnis zurückzugreifen, wogegen dem Schuldner die Aufdeckung der fehlenden oder mangelhaften causa offenstehen soll. Die vorausgesetzte Grundobligation kann in diesem Falle als eine schon vorher vorhandene oder als eine gleichzeitig kreierte gedacht werden. β. Der Zweck der Feststellung oder Außerstreitsetzung zwischen den Parteien. Dieser liegt vor allem zugrunde bei den Feststellungsverträgen i. e. Sinne, für die der Fall des Vergleichs den Aus-

gangspunkt bildet, an welchen sich weitere Fälle doppelseitiger und einseitiger Feststellung anschließen. Hier überall kann sich die Feststellung auf das gesamte Schuldverhältnis oder auf irgendwelche Einzelheiten beziehen. — Von einer Feststellung i. w. Sinne kann man auch sprechen bei der Erhebung unvollkommener Verbindlichkeiten zu klagbaren Obligationen. Eine solche ist zwar nicht möglich bei Spiel-, Wett-, Differenz-, Ehemäklerlohn-Schulden, wohl aber z. B. bei den durch einen Zwangsvergleich betroffenen Forderungsrechten und in einigen anderen Fällen. (Die Bestärkung verjährter Schulden steht wegen § 222 Abs. 2 Satz 2 auf besonderem Boden.) Sie muß auch für zulässig erklärt werden bei denjenigen sittlichen und Anstandspflichten, deren Erfüllung nicht als Schenkung erscheint. Endlich gehören in diesen Zusammenhang die Verzichte auf Anfechtungs- und Einrederechte, die häufig bei den Schuldbegründungen der §§ 780, 781 zugrunde liegen. (Gegen die Meinung von Eccius, daß der Einredeverzicht, abgesehen vom Eingreifen des § 305, nur durch ein Versprechen oder Anerkenntnis der §§ 780, 781 erfolgen kann; so die Ausführungen 324 ff.) γ. An die zuletzt aufgeführten Fälle grenzen diejenigen der Schuldabänderung und Schuldumwandlung an. Z. B. es wird auf ein Wahlrecht verzichtet, die Modalität der Leistung modifiziert 2c., oder auch eine Reduktion mehrerer Schuldposten auf eine einheitliche Schuldverpflichtung vorgenommen (Abrechnung), was wiederum in verschiedenem Sinne geschehen kann. — Hier und ebenso beim Einredeverzicht wird sich, wenn zum Mittel des selbständigen Versprechens gegriffen wird, regelmäßig der Abänderungs- oder Feststellungszweck mit dem unter Ziff. 1 genannten Zwecke der Klagerleichterung verbinden. δ. Eine materiell abstrakte Obligationsbegründung vollzieht sich, wo die Verträge der §§ 780, 781 verwendet werden zum Zwecke des Zahlungsaustausches und der Kreierung zirkulationsfähiger Forderungsrechte. Zugelassen ist eine solche nach geltendem Rechte in der Delegationssituation. Bei Versprechen, welche dem kausal verbundenen Gläubiger gegenüber abgegeben werden, tritt, auch wenn der Vertrag zugunsten eines Dritten abgeschlossen oder die Weiterbegebung des Forderungsrechts in Aussicht genommen ist, keine Unabhängigkeit von dem ursprünglich zugrunde liegenden Deckungsverhältnis ein. (Anders Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 270 ff.) Zugunsten des Zessionars wirkt nur der § 405, sowohl in den Fällen der Simulation als in den Fällen, in denen dem Gläubiger vom Schuldner ein nicht bestehendes Schuldverhältnis vorgespiegelt wird (73, 74, 166, 167). c) **Die verwendbaren technischen Mittel und die Stellung des BGB.** Zur Sanktionierung des Klagerleichterungszwecks können die Rechtsordnungen an sich verschiedene technische Mittel zur Verwendung bringen. Ihm könnte sowohl durch Ausgestaltung des gesetzlichen Beweis- und Klagsubstanziierungsrechts als durch Zulassung von Beweis-, Geständnis- oder Klagsubstanziierungs-Verträgen entsprochen werden: Das BGB. hat den logisch gleichfalls möglichen Weg eingeschlagen, den Parteien ein materielles Obligationsbegründungsgeschäft zur Verfügung zu stellen, dem gegenüber der Beweis des mangelnden Kausalverhältnisses seitens des Beklagten offengehalten wird. Bei den Feststellungsverträgen hat das Gesetz ebenfalls eine materiell-rechtliche Obligationsbegründung angenommen, und zwar werden auch sie, obwohl hier die Auffassung als kausale Verträge und die getrennte Behandlung nahe gelegen hätte, unter den Gesichtspunkt der selbständigen Obligationsbegründung gebracht (Beweis: der Vergleich im § 782). d) **Die Auffassung der Obligierungen als selbständiger Vermögensleistungen und die Konsequenzen dieser Konstruktion.** Die Zusammenfassung der verschiedenen Fälle unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Obligationsbegründung, die als selbständige Vermögensleistung erscheint, führte zu der Anwendung des Rechtes der ungerechtfertigten Bereicherung. Aus demselben folgt, daß das selbständige

SchV. kondiziert werden kann und durch Einrede gehemmt wird, wenn die Abgabe in der irrtümlichen Meinung erfolgt war, man sei eben zur Abgabe eines solchen Versprechens verpflichtet. Das Konditionenrecht sollte aber außerdem zur Anwendung kommen können, wenn der Schuldner behauptet, daß der spezifische Hilfsgeschäftszweck nicht erfüllt worden sei oder nicht habe erfüllt werden können (z. B. weil die zu sichernde Verbindlichkeit nicht bestanden habe). Aus dieser Verwendung des Bereicherungsgesichtspunkts ergibt sich vor allem, daß der Schuldner grundsätzlich den Hilfsgeschäftszweck und die Grundobligation, auf die sich das Hilfsgeschäft bezieht, darzutun hat. Nicht ergibt sich daraus, daß bei Aufdeckung des Kausamangels durch den Gläubiger ohne ausdrückliche Rüge des Schuldners Verurteilung erfolgen müßte. Ebensowenig ist daraus zu folgern, daß das Übergehen von der Begründung der Klage auf ein selbständiges Schuldversprechen zu der Begründung auf das Kausalverhältnis schlechthin als Klagänderung erscheinen müßte, und daß bei Erhebung einer zweiten, in der genannten Weise anders substanziierten Klage die Einrede der Rechtshängigkeit oder der Einwand der Rechtskraft ausgeschlossen wären. e) Die Formvorschriften. Die Formvorschrift der §§ 780, 781 genügt nicht, wo für die Schaffung der Grundobligation eine gesteigerte Form vorgeschrieben ist. Dies gilt auch da, wo die selbständige Verpflichtung sich auf eine ursprünglich formgerecht begründete Schuld bezieht. (Anders Stampe.) Die Form des Schenkungsversprechens ist nicht nur bei der vertragsmäßigen Einigung über den Schenkungszweck, sondern auch bei einseitigem Schenkungswillen, der dem Gegner gegenüber geheimgehalten wird, anzuwenden. (S. a. Neubecker.) Von den Fällen ausnahmsweiser Formfreiheit wird § 350 HGB. wohl am ehesten bei Feststellungsverträgen und bei Bestärkung unvollkommener Verbindlichkeiten praktisch werden. Die Formfreiheit der Vergleichsversprechen, die § 782 anordnet, bezieht sich auf den Fall der Fixierung vorausgesetzter, bestrittener oder sonst unsicherer Obligationen. Beim Abrechnungsversprechen und Anerkenntnis (§ 782) ist nicht bloß an das Saldoanerkenntnis, sondern auch an das Anerkenntnis des Additionsresultats bei bloßen Berechnungen (s. Regelsberger) zu denken. Der Sinn des selbständigen Obligierungsakts kann in beiden Fällen ein verschiedener sein. Es kann, was übrigens nicht zu vermuten, ein Außerstreitsetzungsvertrag zugrunde liegen. Es kann auch bloßer Klagerleichterungs- oder Schuldumwandlungszweck maßgebend sein. Ob und inwieweit auf die Einzelposten zurückgegriffen werden darf, z. B. zum Zwecke selbständiger Klagerhebung oder der Geltendmachung von Sicherungen, ist eine Frage der Willensinterpretation. Es dürfen nicht aus der angeblichen Natur des Abrechnungsvertrags i. e. S. mit Regelsberger Schlüsse gezogen werden auf den Ausschluß derartigen Zurückgreifens. — Auch die Anerkennung von Einzelposten bei Gelegenheit einer Abrechnung fällt unter den § 782. f) Klagebegründung und Verteidigung. Die formlosen Vergleichs- und Abrechnungsversprechen stehen hinsichtlich ihrer ganzen Behandlung auf besonderem Boden. Zum Zwecke der Klagbegründung muß auf den Zusammenhang der Schuldverpflichtung mit einem Abrechnungsvorgange bzw. mit einem gültigen Vergleiche verwiesen werden. Dadurch werden eine ganze Reihe sonst sich ergebender Schwierigkeiten, betreffend Klagänderung, Rechtskraft, Beweisregulierung, abgeschnitten. Die Verteidigung richtet sich in den betreffenden Fällen direkt gegen die Gültigkeit des Vergleichs oder Abrechnungsvorgangs. Dies ist auch dann der Fall, wenn ein Abrechnungsanerkenntnis — was zulässig — wegen bewußt eingestellter indebita oder wegen Aufnahme von Spiel- 2c. oder aus einem beiderseitigen negotium turpe stammenden Posten angegriffen wird. — In den übrigen Fällen muß außer dem formgerechten Vertragsschluß die angebliche Absicht selbständiger Schuldverpflichtung durch Darlegung eines der geschilderten Verkehrs-

zwecke nachgewiesen werden. Dabei ergibt die indiskrete Fassung eine Präsumtion mindestens für den Klagerleichterungszweck. Bei der Klagerhebung auf Grund eines diskreten Scheines braucht nicht von vornherein die Absicht der selbständigen Schuldverpflichtung dargelegt zu werden. Es ist vielmehr von der Möglichkeit einer alternativen oder eventuellen Klagebegründung auszugehen. — Die Notwendigkeit weiterer (z. B. des Eintritts einer Bedingung) kann sich aus der Fassung des Scheines ergeben. Die Verteidigungen des Schuldners gegen einen richtig substanziierten Anspruch aus selbständigem SchV. lassen sich folgendermaßen gliedern: 1. Einwendungen, welche unmittelbar die Gültigkeit des abstrakten Vertrags betreffen (z. B. Formmängel, wesentl. Irrtum u. dgl.). 2. Einwendungen auf Grund rechtsaufhebenden Tatbestandes. 3. Einwendungen und Einreden, welche sich aus dem formulierten Inhalte des Vertrags oder aus ausdrücklich daneben getroffenen einschränkenden Verabredungen (z. B. pactum de non petendo) ergeben. 4. Einwendungen, welche sich auf das unterliegende Kausalverhältnis gründen: a) Geltendmachung einer Reprobation der causa, welche auch die Ungültigkeit des SchV. oder SchA. zur Folge hat. Eine solche findet außer in den vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen (und abgesehen vom Eingreifen des § 405) auch bei den gegen §§ 134 u. 135 verstoßenden Geschäften statt. b) Geltendmachung, daß durch den Vollzug des selbständigen Vs. und As. eine ungerechtfertigte Bereicherung sich vollziehen würde. Die sämtlichen Einwendungen sub 4 erscheinen beim Delegationsversprechen und beim Vorliegen eines Feststellungs- oder Schuldabänderungsvertrag modifiziert. 5. Der Einwand des bösen Rechtsmißbrauchs oder des Verstoßes gegen die guten Sitten, der in der Geltendmachung der Formalobligation liege. 6. Die Einrede, daß der auf Grund der irrtümlichen Annahme einer speziell dahingehenden Verpflichtung ausgestellte Schuldschein vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden dürfe. g) Die Anwendung des Bereicherungsrechts im einzelnen. Bezüglich der verteidigungsweisen Geltendmachung des Gesichtspunkts der ungerechtfertigten Bereicherung ist zu konstatieren, daß der § 813 nicht jede Bezugnahme auf eine bei der ursprünglichen Schuld vorhandene Befristung oder dilatorische Einrede ausschließt. (Ähnlich v. Tuhr.) Die entsprechende Anwendung der Grundsätze der §§ 814 und 815 führt zu angemessenen Resultaten. (Zu beachten jedoch § 518!) Dasselbe würde sich auch für den § 817, sofern sich für denselben nach dem Ausgeführten überhaupt ein Anwendungsgebiet konstatieren läßt, ergeben. — Bei der angriffsweisen Geltendmachung ergeben sich Schwierigkeiten. Nicht überall, wo die Verteidigung auf Grund des § 821 möglich ist, funktioniert auch die Liberationskondiktion. Man denke an den Fall der Zession und den § 822. Es hilft jedoch, wo die Liberationskondiktion fehlt, die Feststellungsklage, die eventuell durch eine auf § 812 gestützte Kondiktion des Schuldscheins verstärkt werden könnte. Eine Klage gegen den Zedenten auf Erstattung des Wertes der Forderung oder auf Liberation läßt sich nur auf den Deliktsgesichtspunkt oder auf die Sätze der §§ 816 und 819 gründen. Im Falle der turpis causa ist eine Klage aus § 817 denkbar, ebenso eine Feststellungsklage, soweit ein rechtliches Interesse angenommen werden darf. (Die turpitudo des Klägers schließt die Anerkennung eines solchen nicht schlechthin aus.) Im Falle des § 813 hat die Liberationskondiktion (gerichtet auf Herausgabe des Schuldscheins gegen Ausfolgung eines neuen richtig gestellten) Hand in Hand zu gehen mit der Verteidigung auf Grund dilatorischer Einreden. Anders nur im Falle der Ausstellung eines unbefristeten Schuldscheins unter der ausdrücklichen Abmachung, daß derselbe zunächst nicht geltend gemacht werden solle.

2. *Klingmüller 152 ff., 175. Die Frage, ob es die „Selbständigkeit" des Schuldversprechens verträgt, daß es von der Bedingung einer Gegenleistung

abhängig gemacht werden kann, ist grundsätzlich zu verneinen. Wenn die Gegenleistung in der Schrifturkunde angegeben ist, kann von einer „Ablösung des Schuldverhältnisses von dem bisherigen Verpflichtungsgrunde“ in der Regel nicht die Rede sein; vielmehr liegt dann schon ein Geschäft mit einer „cause exprimée“, also ein kausales vor, das entweder den Austausch von Leistungen oder eine unentgeltliche Zuwendung unter einer Auflage zum Gegenstande hat.

3. *Schöninger 231 ff. Der Begriff des abstr. SchV. muß unter dem Gesichtspunkte der Leistung betrachtet werden. Als formaler obligatorischer Tatbestand ist es ein Vertrag (§ 305) wie das materielle SchV. Von letzterem unterscheidet es sich aber dadurch, daß es wie die dinglichen Verträge Träger einer Leistung, d. h. Vermögenszuwendung des Schuldners an den Gläubiger ist. Dieser Charakter kommt ihm zu kraft des höheren wirtschaftlichen Wertes gegenüber dem materiellen SchV., das wieder darauf beruht, daß das abstr. SchV. infolge seines reinen, beziehungslosen, einseitigen Inhalts leichter realisierbar ist als jenes. Nur in dieser Eigenschaft als Leistungsakt ist es Erfüllung (als Novation einer bisherigen Schuld), Schenkung (als Schenkungsversprechen), Ausstattung (als Ausstattungsversprechen) usw., daß es kondiziert, d. h. unbeschadet seiner formalen Gültigkeit vom leistenden Schuldner wegen eines Mangels in der causa der Leistung zurückgefordert werden kann. Das materielle SchV. ist kein Leistungsakt und kann daher als solches weder zur Erfüllung einer anderen Schuld, zur Schenkung, Ausstattung usw. verwendet, noch kondiziert werden.

4. *Thiele. Von dem abstrakten Anerkenntnisvertrag ist das deklaratorische Anerkenntnis scharf zu scheiden. Es basiert auf dem allgemeinen, aus dem ALR. übernommenen Rechtsgrundsatze, daß gewisse Handlungen des Schuldners, die in Kenntnis der etwa geltend zu machenden Einwendungen vorgenommen werden, die hierbei nicht vorbehaltenen Einwendungen beseitigen. Die Handlungen des Schuldners müssen auf die Genehmigung des Vertragsinhalts schließen lassen (z. B. Zahlung, Bestellung einer Sicherheit, Stundungsbitte); sie sind keine empfangsbedürftigen Willenserklärungen und bedürfen keiner besonderen Form. Auf Grund des deklaratorischen Anerkenntnisses verliert der Schuldner die ihm zur Zeit des Anerkenntnisses zustehenden ihm bekannten Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Vertrags selbst und die auf Grund des Vertrags gemachte Leistung des anderen Vertragsteils.

§ 780. 1. Verhältnis zu § 607 Abs. 1. **RG.** JW. **06** 550. Die Schuldumwandlung gemäß § 607 Abs. 2 enthält keineswegs schon an sich die Begründung einer abstrakten Schuldverbindlichkeit; vielmehr wird nach dem Wortlaute des Gesetzes die bisherige Schuld in eine kausale Verbindlichkeit — Darlehnsobligation — verwandelt. Vgl. o. zu § 607 Ziff. II 3.

2. Nicht anwendbar bei gegenseitigen Verträgen. **RG.** SeuffA. **61** 445, JW. **06** 463, R. **06** 1134/35. Das sog. abstrakte Schuldversprechen im Sinne des § 780 ist begrifflich ein einseitiges. Aber nicht jedes einseitige Versprechen einer Leistung ist ein selbständiges im Sinne des § 780. Wird die sog. causa zum Vertragsinhalte gemacht, so liegt ein kausales Rechtsgeschäft vor, mag es sich nun, wie bei der Schenkung, um eine Grundobligation oder, wie bei der Bürgschaft, der Schuldübernahme, dem Versprechen einer Pfand- oder Hypothekbestellung, um ein der Sicherung oder Durchführung einer bereits bestehenden eigenen oder fremden Schuld dienendes Hilfsgeschäft handeln. Mit dem § 780 haben solche Geschäfte nichts zu tun; denn gerade die Begründung der Verbindlichkeit durch das Versprechen an sich ist die im § 780 gemeinte selbständige Begründung. Schlechthin unanwendbar ist demnach § 780 auf gegenseitige, synallagmatische Verträge, da hier die Leistung des einen Teiles ihre

causa in der Leistung des anderen Teiles hat, von ihr abhängig, durch sie bestimmt ist. (Angewandt auf einen Vertrag, durch den der Kläger teilweisen Erlaß seiner Forderung gegen einen Dritten und der Beklagte teilweise Befriedigung des Klägers für eben diese Forderung versprochen hat. Da dieser Vertrag als gegenseitiger auch weder unter die §§ 518 oder 766 fällt, noch ein Vergleich ist, und auch sonst unter keine benannte Vertragskategorie fällt, so ist er nach dem RG. ein unbenannter gegenseitiger Vertrag, dessen formloser Abschluß genügt.)

3. Bedingtes abstraktes Schuldversprechen. **RG.** R. **06** 858. Ein abstraktes Schuldversprechen kann ein unbedingtes oder nur ein bedingtes Versprechen enthalten. (In der Erklärung: „Ich teile Ihnen hierdurch mit, daß ich mich hiermit verpflichte, am 1. 11. 03, für Rechnung der Herren L. u. H. hier, als Bauforderung an mich, den Betrag von 15 000 M. in bar an Sie zu bezahlen" können die Worte „als Bauforderung an mich" verschiedene Bedeutung haben. Wenn sie bedeuten sollen: „wenn L. u. H. dann eine solche Bauforderung an mich haben", so liegt ein bedingtes Versprechen vor. Bedeuten sie jedoch: „da L. u. H. dann eine solche Bauforderung an mich haben werden", so liegt ein unbedingtes Versprechen mit Angabe eines Grundes vor. Diese Frage ist nicht damit zu verwechseln, ob ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt. Darüber vgl. u. Ziff. 5a.)

4. Schuldversprechen und -Anerkenntnis. **RG. 61** 318. Wenn in einem Schuldschein ein Geldbetrag nicht ohne Angabe eines Rechtsgrundes, sondern als ohnehin schon geschuldet versprochen wird, so ist nicht ersichtlich, woraus der Wille gefolgert werden sollte, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen solle. Dagegen kann ein abstraktes Schuldanerkenntnis vorliegen. Vgl. u. § 781 Ziff. 5a.

5. Einzelfälle. S. a. IDR. **3** u. **4** zu § 780. **a**) Bejaht: **RG.** R. **06** 858. Wenn ein Schuldner auf Grund einer Delegation einem Dritten sich neu durch eine besondere Erklärung verpflichtet, liegt die Annahme näher, daß der Schuldner sich dem Dritten gegenüber formell unabhängig von der materiellen Grundlage habe binden wollen. Vgl. o. zu § 780 Ziff. 3. **b**) Verneint: α. **RG.** ElsLothIZ. **06** 349. Wenn auch mehrfache Umstände für die Beurteilung eines Schuldbekenntnisses als einer abstrakten Verpflichtungserklärung sprechen könnten, so kommt es doch immer darauf an, ob im gegebenen Falle die Absicht der Vertragschließenden dahin ging, eine solche von dem ursprünglichen Schuldgrunde losgelöste selbständige Verpflichtung zu begründen. Dies ist wesentlich eine (der Revision entzogene) Tatfrage. (Darum mußte RG. es zweifelhaft lassen, ob das Berufungsrecht mit Recht das Vorliegen eines abstrakten Schuldversprechens in einem notariellen Akte verneint hatte, wo der Schuldner die auf Grund einer Abrechnung im einzelnen berechnete Forderung anerkannt und sich zu ihrer Rückzahlung verpflichtet hatte. Hierin sieht das Berufungsgericht kein abstraktes Schuldanerkenntnis, dies soll nur als Beweismittel für ein bereits bestehendes Schuldverhältnis in Betracht kommen.) Vgl. über die prozessualen Fragen §§ 268, 286 ZPO. β. **RG.** IW. **06** 709. Ändern die Parteien den ursprünglichen Vertrag, durch welchen der Grundstückskäufer eine Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, dahin, daß der Käufer einen Teil der Schuld statt an den Gläubiger an den Verkäufer zahlen solle (dieser Teil war unterdessen durch letzteren getilgt worden), so enthält der Nachtragsvertrag kein Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen, sondern lediglich eine teilweise Änderung der Belegung des im ersten Vertrage festgesetzten Kaufpreises. Ist der Kaufvertrag an sich unsittlich, so leidet darunter die Nachtragsbestimmung ebenso, als wenn sie in den ursprüng-

lichen Vertrag aufgenommen worden wäre. γ. BayObLG. **7** 132 ff. (141). Die urkundliche Erklärung des Schuldners, sein Grundstück sei auf Grund früherer notarieller Urkunden mit einer Hypothek (näher bezeichnet) belastet, die bisherigen Zahlungsbestimmungen dieses Hypothekenkapitals würden hiermit vereinbarungsgemäß (der Gläubiger stimmte zu) aufgehoben und er (der Schuldner) verpflichte sich, es wie bisher zu verzinsen (näher bezeichnet), enthält kein selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, jedenfalls nicht in Ansehung der Hauptschuld. δ. S. a. o. Ziff. 2.

§ 781. 1. Begriff. **RG.** JW. **06** 742. Aus den Entscheidungsgründen muß hervorgehen, daß der Richter sich des begrifflichen Unterschieds bewußt gewesen ist, der zwischen dem deklaratorischen Anerkenntnisse, welches lediglich die Entstehung und das Bestehen der bereits vorliegenden Schuld bestätigt, und zwischen dem konstitutiven A. besteht, welches für die Schuld einen neuen Schuldgrund schafft. Es liegt sonst eine Verletzung des § 286 ZPO. vor.

2. Beweislast. **RG.** BayRpflZ. **06** 80, R. **06** 442. Gegenüber dem auf Anerkenntnis gestützten Klaganspruch ist es Sache der Beklagten, ihre zu dessen Entkräftung aufgestellte Behauptung, daß sie damals von denjenigen Umständen, aus denen sich ergeben soll, daß Klägerin beim Erwerbe der Hypothek nicht in gutem Glauben gewesen sei, keine Kenntnis gehabt hätten, zu beweisen.

3. Verhältnis zu § 222. **a)** R. **06** 371 (Hamm). Das vertragsmäßige Anerkenntnis im Sinne des § 222 Abs. 2 ist weder nur Beweismittel (wie das einfache Anerkenntnis), noch auch andererseits ein selbständiger Schuldgrund, sondern es ist ein selbständiger Klagegrund und als solcher zwar zur selbständigen Begründung der Klage ausreichend, aber andererseits schon nach dem Kondiktionenrecht (§ 812) anfechtbar. Zu einem solchen vertragsmäßigen Anerkenntnis genügt nicht ein Zahlungsversprechen, welches nur ein Ausdruck der Meinung des Schuldners ist, zur Zahlung verpflichtet zu sein, sondern es muß die Absicht des Schuldners vorhanden sein, sich wegen der Schuld dem Gläubiger derart gefangen zu geben, daß dieser das Anerkenntnis als einen selbständigen Grund für die Geltendmachung der Forderung verwerten könne. **b)** Darüber, daß im § 222 Abs. 2 nur das formalisierte Schuldanerkenntnis des § 781 gemeint sein kann, vgl. o. zu § 222 Ziff. 3, BreslauAK. **06** 38 (Breslau) und OLG. **12** 246 (Posen).

4. Über Anerkenntnis i. S. des § 208 vgl. SeuffBl. **06** 610 (Stuttgart), o. zu §§ 208, 209.

5. Einzelfälle. § 781 bejaht: **a)** **RG.** **61** 318 (s. schon JDR. **4** Ziff. 2). Als abstraktes Schuldanerkenntnis ist ein Schuldschein anerkannt worden, worin jemand einem anderen eine Summe schuldig zu sein bekennt und sie zu zahlen verspricht. Denn irgendein Schuldgrund ist in der Urkunde nicht genannt, und daß man einen solchen außerdem weiß, ja daß der Kläger sogar von vornherein einen solchen bezeichnet hat, ändert noch nichts, da es sich bei jedem Schuldanerkenntnisse von selbst versteht, daß es einen bestimmten materiellen Grund hat und da andererseits überflüssige tatsächliche Angaben eines Klägers für die rechtliche Natur des konkreten Klagegrundes unerheblich sind. Auch daraus, daß am selben Tage, an welchem der Schuldschein ausgestellt wurde, von dem Aussteller und dem Gläubiger eine „Vereinbarung" unterzeichnet wurde, worin ein zwischen ihnen zu ordnendes Rechtsverhältnis dargelegt und darüber das Abkommen getroffen wurde, daß der Aussteller zur Deckung einer Summe (ebenso groß wie in dem Schuldschein) dem Gläubiger den Schuldschein ausstellen und den Betrag bezahlen sollte, folgt nicht mit Notwendigkeit etwas gegen die abstrakte Natur des Schuldscheins; im Gegenteil könnte man ebensogut sagen, daß offenbar gerade wegen dieser abstrakten Natur ihre Ausstellung neben dem

schon in der Vereinbarung enthaltenen Zahlungsversprechen noch besonders ausbedungen worden sei, wie das in ähnlichen Fällen etwa mit der Ausstellung von Wechseln geschieht. **b)** **RG.** DJZ. **06** 201. Die schriftliche Erklärung der Erben: „von Heinrich M. (Erblasser) übernommen 4500 M. nebst Zinsen zugunsten der Witwe E." enthält ein Anerkenntnis im Sinne von § 781. **c)** § 781 angewandt in **RG. 62** 38. **d)** § 781 angewandt in PuceltsZ. **06** 470 (Colmar). (Über Klagänderung durch verspätete Geltendmachung des Anerkenntnisses vgl. §§ 264, 307 ZPO.)

§ 782. 1. *Klingmüller 178 f. An dem abstrakten Charakter des Abrechnungsvorganges ist festzuhalten. Auf Grund des gegenseitigen Anerkenntnisses entstehen zwei selbständige Forderungen auf die Abschlußsummen. Diese Forderungen treten an die Stelle der verrechneten Einzelposten und wirken daher novatorisch; die Ablösung dieser Abschlußsummenforderungen von den einzelnen „unterliegenden" Forderungen, die Abstraktion ist somit deutlich erkennbar.

2. OLG. **12** 101, BauersZ. **13** 186, R. **06** 442 (Karlsruhe). Eine Abrechnung im Sinne des § 782 erfordert ein Zusammenwirken der Parteien und die Willensübereinstimmung, daß das durch die Rechnungsoperation ermittelte Ergebnis als jetziger Stand ihres Schuldverhältnisses gelten soll. Es muß angenommen werden, daß die Beteiligten alle einzelnen Geschäfte in die Abrechnung aufgenommen, die sie bis dahin miteinander geschlossen haben. Unter der Voraussetzung, daß die einzelne Forderung vor dem Abrechnungstage entstanden ist, besteht die Vermutung, daß der Posten in der Abrechnung berücksichtigt worden ist. Eine weitergehende Wirkung der Abrechnung, nämlich das Anerkenntnis, daß, außer den verrechneten, Schuldverhältnisse irgendeiner oder einer bestimmten Art nicht weiter bestehen, ist im Zweifel nicht anzunehmen. (Sie ist verneint worden, da der Beklagte nach außen allein Gläubiger und Schuldner war und stillschweigend auf jeden Ersatzanspruch wegen erst nach dem 21. 4. 04 aus den Gesellschaftsgeschäften erwachsenen Verluste verzichtet hatte. Ein solcher Verzicht kann aus der Urkunde nicht abgeleitet werden).

3. Über ein im Wege des Vergleichs abgeschlossenes, also formlos wirksames Schuldanerkenntnis vgl. o. zu § 779 Ziff. 8a, **RG.** BayRpflZ. **06** 441.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§ 783. 1. *Langen, Kreationstheorie 110 f. Die Anweisung des BGB. ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die sich mit der Aushändigung der Urkunde an den Anweisungsempfänger vollzieht. Das gleiche gilt auch für die Annahme.

2. **RG.** BankA. **6** 46. Der Kreditbrief ist eine Unterart der Anweisung zur Zahlung, nicht zur Kreditierung. Dadurch wird der Angewiesene von dem Anweisenden ermächtigt, für dessen Rechnung dem Anweisungsempfänger bei Vorzeigung des Briefes Auszahlungen bis zur Höhe des akkreditierten Betrags zu machen. Die im Kreditbriefe liegende Anweisung kann, solange sie nicht vom Angewiesenen dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die angewiesene Leistung bereits bewirkt ist, jederzeit zurückgenommen werden (§ 790). Vgl. §§ 778 BGB., 346 HGB.

3. Zum Scheckrecht. **a)** SeuffA. **61** 448 (Braunschweig). Zum Scheckrecht Verpflichtung zu zeitiger Präsentation. **b)** OLG. **12** 47 (Hamburg). Sind Ansprüche aus einem Scheck abgetreten, so ist durch dessen Hingabe keine Regreßpflicht des Ausstellers gegen den Empfänger und dessen Nachmänner begründet. **c)** Simonson behandelt, GruchotsBeitr. **50** 43 ff., den Scheck im Konkurse.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Vorbemerkung: Die Schrift von Langen, deren erster Teil bereits im ABürgR. 27 161 abgedruckt war (s. JDR. 3 § 794), behandelt die Frage, ob das BGB. die Kreationstheorie angenommen hat. Er bejaht die Frage. Zugleich werden eine Reihe grundlegender Ausführungen zu dem Rechte der Schuldverhältnisse gemacht. Im Gegensatz zu Langen verteidigt Jacobi seine JDR. 1 § 793 bereits mitgeteilte Lehre insbesondere gegenüber der Kritik Pappenheims. Im einzelnen sind noch eine Reihe beachtenswerter Aufsätze zu diesem Titel zu verzeichnen.

Literatur: Callmann, Nochmals die Zinsscheine der Orderpapiere, Holdheims MSchr. 06 265. — Hacker, Der Nießbrauch von Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, Holdheims MSchr. 06 151. — Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. Jena 1906. — Langen, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte. Berlin 1906. — Riezler, Der Betrüger als Präsentant des Inhaberpapiers, SeuffBl. 06 29. — Wertheimer, Die Einlösung von Zinsscheinen ausgeloster Obligationen, BankA. 6 52.

§ 793. 1. *Langen. a) Das BGB. hat bei JSchV. seiner Regelung die Kreationstheorie zugrunde gelegt. Das ergibt sich, abgesehen von den Materialien (161, 185) aus folgendem: α. In den §§ 796, 1822 Nr. 9, 795 BGB, Artt. 174/175 EGBGB. wird gerade der Ausstellung ausschlaggebende Bedeutung beigelegt (180 ff., 9 ff.). β. Eine über die Ausstellung hinausgehende Tätigkeit des Ausstellers wird zur Entscheidung der Verbindlichkeit nirgends gefordert, vielmehr vom Gesetze (§§ 793, 794) als überflüssig behandelt (174, 9). γ. § 1825 in Verbindung mit § 1822 Nr. 9 BGB. bezeichnen die Ausstellung der JSchV. direkt als Rechtsgeschäft (187, 12). — An diesen gesetzlichen Vorschriften scheitert Jacobis Versuch (Die Wertpapiere im bürgerlichen Rechte des Deutschen Reichs 172 ff.; Das Wertpapier als Legitimationsmittel 24 ff.), bei JSchV. für das BGB. unter Ablehnung der Kreationstheorie eine Vertragstheorie zu verteidigen. Zudem reicht seine Erklärung für die Entstehung der Verbindlichkeit in den anormalen Fällen: der gutgläubige Erwerber werde geschützt, weil der Aussteller infolge Schaffung des Papiers für dessen Inhaber zugunsten Dritter den Rechtsschein hervorrufe, daß dieser die Rechte mit dem Papier durch Vertrag mit dem Aussteller erworben habe oder doch an ihm befugt sei, jetzt an seiner Stelle den verpflichtenden Vertrag zu schließen, nicht aus (176 ff.; 15 ff.). b) Neben der Ausstellung ist zweites selbständiges Erfordernis für die Entstehung der Verbindlichkeit einer JSchV., daß sie durch wertpapiermäßigen Erwerb (Übergabe und deren Ersatz) in das Eigentum eines Dritten gelangen. Sonstiger Eigentumserwerb (Aneignung, Fund, Ersitzung, Vermischung) genügt nicht zum Übergange bereits bestehender, nicht aber zum erstmaligen Hervorbringen bislang noch nicht entstandener Rechte aus der JSchV. Beim Eigentumserwerb infolge Verarbeitung wird der neue Eigentümer in keinem Falle Gläubiger (44 bis 63).

2. Jacobi verteidigt die in seiner Schrift: Die Wertpapiere, aufgestellten Ansichten gegenüber der Kritik. Er wendet sich insbesondere gegen die Kreationstheorie. Vgl. über Jacobis Theorie JDR. 1 §§ 793 ff. (Vgl. JLBl. 06 159, Kritik der Schrift von Langen.)

3. Hacker 15 f. Legitimiert zur Geltendmachung der Forderung aus einer Inhaberschuldverschreibung ist schlechthin der Inhaber, der jedoch durch den Nachweis seiner mangelnden Berechtigung zurückgeschlagen werden kann; berechtigt aus dem Papier ist nur der Eigentümer (vgl. § 182). — Kennt der Schuldner die Nichtberechtigung des Inhabers, so ist prinzipiell daran festzuhalten, daß auch in diesem Falle der Schuldner dem Inhaber ohne Schaden leisten kann. Die Mehrzahl der Schriftsteller betrachtet diese Wirkung jedoch dann als ausgeschlossen, wenn das Verhalten des Schuldners sich als ein Ver-

stoß gegen das moderne Recht, insbesondere das die Schuldverhältnisse beherrschende Prinzip von Treu und Glauben oder gar gegen die guten Sitten qualifiziert. Dem ist beizustimmen.

4. *Riezler erörtert die Frage, ob der Aussteller eines Inhaberpapiers gegenüber dem Inhaber ein Leistungsverweigerungsrecht hat, wenn dieser das Papier auf betrügerische Weise oder widerrechtlich durch Drohung erworben hat, und verneint sie gegen Jacobi (Wertpapiere 62 ff.).

5. Hacker 152. Zinsscheine sind erste Inhaberpapiere; der Erneuerungsschein ist dagegen kein vollkommenes Inhaberpapier, sondern eine mit besonderen, über die eines bloßen Legitimationspapiers hinausgehenden Wirkungen ausgestattete eigentümliche Urkunde. Eine Besonderheit zeigen auch die Kupons, da sie Zubehör des Hauptpapiers sind. Sie verlieren die Pertinenzqualität jedoch einmal durch den Eintritt der Fälligkeit der in ihnen verbrieften Zinsforderung, zum anderen aber auch schon vor der Fälligkeit, wenn sie dauernd von dem Hauptpapiere getrennt, dann in Umlauf gesetzt werden. Sie werden mit diesem Momente vollkommen selbständige Inhaberpapiere.

6. *Callmann. Die Unterscheidung der Zinsscheine in Legitimations- und Inhaberpapiere je nach der Natur des Hauptpapiers, zu dem sie gehören, ist mit Rücksicht auf die §§ 935 BGB. und 367 HGB. undurchführbar, da sonst äußerlich vollkommen gleiche Zinsscheine teilweise dem gutgläubigen Erwerb entzogen, teilweise in weitestem Maße zugänglich wären. Ihre Natur ist aus sich selbst heraus zu bestimmen. Bei den allgemein gebräuchlichen Zinsscheinen hat nicht nur der Aussteller das Recht, an den Präsentanten mit befreiender Wirkung zu leisten, sondern im Gegensatze zu den Legitimationspapieren jeder Inhaber seinerseits das Recht, die Leistung auf Grund des Zinsscheins zu verlangen. In den meisten Fällen spricht dies der Zinsschein nicht aus, es ergibt sich vielmehr aus der Verkehrssitte. Diese letzteren Zinsscheine gehören daher zu den Papieren des § 807, da sie alle diesen Papieren eigentümlichen Merkmale in sich vereinigen, und bedürfen nicht der staatlichen Genehmigung. — Die jetzt gebräuchlichen Zinsscheine sind meist nicht unterschrieben. Nach Goldfeld, R. **06** 537, und Liebmann, DJZ. **00** 524, liegt beim Mangel der Unterschrift überhaupt keine Urkunde vor. Ebensowenig wie die Karten und Werke des § 807 müssen aber die zu ihnen gehörenden „ähnlichen Urkunden" unterschrieben sein. Anderenfalls wäre auch immer eigenhändige Unterschrift erforderlich, da § 793 Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt und daher mechanische Vervielfältigung ausgeschlossen ist.

7. Hacker. Prämienpapiere sind Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

8. Langen. Orderpapiere mit Blankoindossament haben nicht die Natur von Inhaberpapieren. Sie werden in vielen Fällen aber denselben Rechtssätzen wie diese unterstellt (64).

§ 794. Langen 27 ff. Mit der Ausstellung ist die zur Entstehung der Verbindlichkeit erforderliche Tätigkeit des Ausstellers abgeschlossen, mit ihr ist seine Willenserklärung vollendet und ihre Wirksamkeit von einer weiteren Tätigkeit seinerseits unabhängig. Nicht darin beruht die Bedeutung des § 794, daß er für die Inhaberschuldverschreibung die Kraft des einseitigen Versprechens anerkennt, sondern darin, daß er bestimmt, mit welchem Augenblicke nach dem Gesetze dieses einseitige Versprechen wirksam abgegeben ist. — § 794 BGB. findet auch auf Inhaberaktien Anwendung. Der gutgläubige Erwerber wird Aktionär neben den Aktienzeichnern, nicht an ihrer Stelle (76 ff.).

§ 795. 1. Langen 73. Auf die Inhabergrundschuldbriefe finden die §§ 793 u. 795 Anwendung. Ist die Grundschuld eingetragen und der Brief gebildet, so finden die weiteren Vorschriften über die Inhaberschuldverschreibungen Anwendung.

2. *Langen, ABürgR. **27** 182, **30** 26 ff. Die Verpflichtung zum Schadensersatz bei wegen mangelnder Staatsgenehmigung nichtiger ISchV. trifft den Aussteller selbst dann, wenn die Papiere ohne seinen Willen in den Verkehr gelangen.

§ 796. *Langen. Entsprechend der vom BGB. angenommenen Kreationstheorie ist die Ausstellung der ISchV. ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; es richten sich daher die Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des Ausstellungsakts, soweit für solche Rechtsgeschäfte Sondervorschriften bestehen, nach diesen, sonst nach den allgemeinen Regeln. Beschränkungen der Anfechtbarkeit (namentlich wegen Irrtums und Betrugs) aus Gründen der Verkehrssicherheit lassen sich nicht rechtfertigen. Hiernach sind ISchV., ausgestellt von beschränkt Geschäftsfähigen oder Vertretenen, ohne Vertretungsmacht unwirksam, nicht etwa ist ihre Wirksamkeit, wie bei vertraglichen Erklärungen, in der Schwebe (§§ 111 gegen 108 BGB., 180 gegen 177 BGB.) (115 ff.). Der Nichtigkeitsgrund des § 118 BGB. kommt tatsächlich nicht in Betracht, da sich seine Voraussetzungen bei Ausstellung von ISchV. nicht verwirklichen können, falls nicht das Papier wieder vom Aussteller vernichtet wird (125 ff.). Hiernach an sich für den Ausstellungsakt zutreffende Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe können jedoch durch das Verhalten des Ausstellers nach der Ausstellung unschädlich gemacht werden (117, 121). Stets unberührt bleibt die Gültigkeit der ISchV. von der ihrer Schaffung zugrunde liegenden causa; etwaige Mängel dieser haben auf die Gültigkeit der abstrakten Verpflichtung aus der ISchV. keinen Einfluß. Auch in den Fällen der §§ 656, 762 BGB., § 66 BörsG. wird nur das Gläubigerrecht des ersten Nehmers, nicht die Verbindlichkeit als solche von der mangelhaften causa betroffen (141 ff.).

§ 797. 1. Langen. Die ohne die staatliche Genehmigung ausgestellte Inhaberschuldverschreibung ist nichtig. Die den Aussteller treffende Schadensersatzpflicht obliegt ihm auch dann, wenn die Urkunde ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Da der Inhaber, welcher Ersatzansprüche gegen den Aussteller geltend macht, nach Empfang der Ersatzsumme das Papier an einen dritten Gutgläubigen veräußern kann, so könnte letzterer wiederum Ersatzansprüche erheben. Der Aussteller, der sich vor weiteren Ersatzansprüchen sichern will, wird daher nur gegen Rückgabe der Urkunde zahlen (63 f.).

2. Hacker 182. § 797 ist auf Aktien nicht anwendbar, da mit Rücksicht auf die nach § 302 Abs. 4 HGB. jederzeit mögliche Wiederaufnahme des Liquidationsverfahrens die Rückgabe des Aktienscheins bei Auszahlung der Liquidationsquote von den Aktionären füglich nicht verlangt werden kann.

§ 803. *Wertheimer. Abs. 1 des § 803 statuiert einen allgemeinen, aber für das Recht der Inhaberschuldverschreibungen eigentümlichen Grundsatz, der andere sonst fundamentale Rechtssätze für diese Materie außer Kraft setzt. Abs. 2 bringt nur eine Ausnahme, eine den Anleiheschuldner schützende Einschränkung. — Der Zinsschein gilt als selbständiges Wertpapier; er hat rechtlich einen doppelten Charakter: einmal ist er Bezugsmittel für die in der Hauptschuldverschreibung versprochenen Zinsen, dann ist er auch Träger selbständiger Rechte und Pflichten; er wird mit der Ablösung von dem Stammpapier selbständig umlauffähig. Konsequenz dieser Eigenschaft ist das Inkraftbleiben der Zinsscheine, auch wenn die Hauptforderung erloschen, ihre Verzinsung geändert oder aufgehoben ist, sowie das Recht des Anleiheschuldners den Betrag der Zinsscheine, welche bei Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht mit zurückgegeben werden, zurückbehalten. Daraus und aus dem Umstande, daß der Gläubiger, der zur rechten Zeit das Kapital nicht erhoben hat, im Annahmeverzug war, ist zu folgern, daß der Betrag der nach Verfall

der Hauptschuldverschreibung erhobenen Zinsscheine bei der endlichen Einlösung des Stammpapiers in Abzug gebracht werden kann, die Fälle ausgenommen, in denen ausdrücklich bestimmt war, daß die Verpflichtung zur Einlösung der Kupons mit dem Erlöschen der Hauptforderung oder mit dem Eintreten der Unverzinslichkeit derselben aufhört. Vgl. Freund BankA. **6** 33.

§ 806. Langen 67. Die auf den Namen umschriebenen Inhaberschuldverschreibungen unterstehen hinsichtlich den von nun an eintretenden Rechtsbeziehungen nicht mehr den Vorschriften über Inhaberschuldverschreibungen, sie sind von der Umschreibung an Namen-(Rekta-)papiere, die nach den gewöhnlichen Vorschriften über Forderungen übertragen werden, nur daß bei ihnen die Abtretung zugleich die Übergabe der Urkunde fordert. Wird der Umschreibungsvermerk in Übereinstimmung zwischen dem Aussteller und dem aus der Urkunde Berechtigten gelöscht, so untersteht das Papier von jetzt ab wieder den Vorschriften über die Inhaberschuldverschreibungen. Eine Genehmigung des Staates ist hierzu nicht erforderlich, da sich § 795 nur auf die erstmalige Ausstellung der Inhaberschuldverschreibungen bezieht.

§ 807. 1. *Langen, ABürgR. **27** 181, **30** 13 ff.; Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte 65. Auch für die Inhabermarken gilt prinzipiell die Kreationstheorie. Daß bei ihnen zur Entstehung der Haftung mit der Markenausgabe begonnen sein muß, erklärt sich aus besonderen tatsächlichen Verhältnissen (mangelhafter Inhalt der Marke), welche die rechtliche Konstruktion nicht berühren.

2. Seelmann, EisenbE. **22** 221 ff., s. JDR. **4** § 807.

§ 808. 1. Langen. Die Legitimationspapiere unterstehen nicht den Sondervorschriften der Inhaberschuldverschreibungen; anders zum Teil die Inhabermarken. Die Haftung aus dem Aussteller wider Willen abhanden gekommenen Marken tritt abweichend vom Rechte der Inhaberschuldverschreibungen nur dann ein, wenn der Aussteller wenigstens einen Teil der Marken ausgegeben hatte.

2. KGBl. **06** 101 (KG.). Die städtische Sparkasse zu Berlin wird durch Zahlung an einen Nichtberechtigten von ihrer Rückzahlungspflicht nicht befreit, wenn der Einzahler des Sparguthabens einen Vermerk gemäß § 12 des Sparkassenstatuts in das Sparkassenbuch hat eintragen lassen, daß die Zahlung nur „an den notierten Inhaber oder dessen Erben nach stattgehabter Legitimation" erfolgen dürfe.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 810. 1. HessRspr. **7** 59 (Darmstadt). Der § 810 findet auf Rechtsstreitigkeiten des Provisionsreisenden mit dem Prinzipale keine Anwendung, weil die Handelsbücher, indem sie die provisionspflichtigen Geschäfte verzeichnen, nicht ein zwischen den Streitteilen bestehendes Rechtsverhältnis beurkunden, sondern nur Tatsachen enthalten, welche bei Erledigung des Rechtsverhältnisses von Wichtigkeit sind.

2. SchlHolstAnz. **06** 342, SeuffA. **61** 420 (Hamburg). Der Kläger (Pfändungsgläubiger) kann nicht die Vorlegung von Urkunden verlangen, welche zwischen seinem Schuldner und Drittschuldner (Beklagten) über das zugrunde liegende Rechtsverhältnis errichtet sind. Der Vorlegungsanspruch des § 810 setzt voraus, daß derjenige, der die Einsicht verlangt, nach dem Inhalte der Urkunde selbst an ihm beteiligt ist. Der Vorlegungsanspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner geht nicht auf den Gläubiger über. Dieser Anspruch bildet kein Akzessorium der Forderung.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Auch in diesem Berichtsjahre haben sich grundlegende Arbeiten mit der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nicht befaßt. Einzelne Fragen sind von

Rümelin, Schöninger, Planck u. a. behandelt worden. Dagegen ist eine große Reihe beachtenswerter Entscheidungen zu verzeichnen. So hat das OLG. Stuttgart (§ 812 Ziff. 9 f) entschieden, daß der Konkursgläubiger, dessen Forderung infolge eines Versehens nicht zur Verteilung gelangt ist, keinen Anspruch gegen die übrigen Gläubiger hat. Zu § 816 ist die Entscheidung des RG. zu beachten, welche im Gegensatze zu Oertmann (JDR. 3 § 816 Ziff. 1) einen Anspruch des Eigentümers gegenüber dem pfändenden Gläubiger gewährt. Zu § 817 kommt vor allem die Entscheidung des RG. in Betracht, welche sich über die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts bei nichtigem Kausalgeschäft ausgesprochen hat. (Vgl. a. zu § 138.)

Literatur: Meyer, Zur Lehre von den Bereicherungsklagen, R. **06** 174. — Planck, Voraussetzungen der strengeren Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung im Falle des § 820 BGB., DJZ. **06** 23. — Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes. Tübingen 1906.

Zu §§ 812 ff. 1. Rümelin, ACivPr. **98** 169 ff., 242 ff. (s. o. § 780), untersucht das Bereicherungsrecht vom Standpunkte der Einwendungen aus, die der Schuldner gegenüber einem Anerkenntnis geltend machen kann, insbesondere wie die Anwendung des Bereicherungsrechts, speziell der §§ 813, 814, 815 u. 817 sich gestaltet. § 813 ist anwendbar. Die Anwendung des § 814 auf die selbständigen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse innerhalb gewisser Grenzen ist nicht unangemessen. Da jene Grenzen sich überall aus dem Eingreifen anderer Rechtssätze oder aus dem Zutreffen von Analogieschlüssen aus solchen ergeben, so ist es möglich, von einer prinzipiellen Übertragbarkeit auszugehen. Ebenso findet, wie eingehend dargetan wird (§ 815 u. § 817), sinngemäße Übertragbarkeit auf die selbständigen Schuldverträge statt. — Verhältnis des § 817 zu §§ 814 u. 815. Wo nach § 817 Kondizierbarkeit besteht, darf sie nicht aus dem Gesichtspunkte der §§ 814 oder 815 ausgeschlossen werden. Das Gesetz ordnet im § 817 exklusiv, wie bei den negotia turpia die Rückforderungsrechte auf Grund des Bereicherungsgesichtspunkts sich gestalten sollen, und stellt das Prinzip auf, daß man nicht realiter geleistet hat, auch nicht zur Leistung solle genötigt werden können. Würde man in allen Fällen, in denen den Parteien die Ungültigkeit des negotium turpe bekannt ist, den Schuldner doch auf Grund der §§ 814 oder 815 zur Zahlung nötigen, so würde man jenes Prinzip wieder beseitigen.

2. *Schöninger. Der Begriff der causa oder des rechtlichen Grundes setzt voraus den Begriff der Leistung im Gegensatze zum Rechtsgeschäfte; denn die causa ist Zweck einer Leistung. Als solcher hat er die positive Funktion, die einzelnen Leistungen als Erfüllung, Schenkung, Ausstattung, bezweckten künftigen Erfolg, Darlehen zu individualisieren, ferner die negative, die Voraussetzungen der Rückforderung von Leistungen zu begründen, die gerade dann stattfindet, wenn eine Leistung infolge eines der Zwecksetzung anhaftenden Irrtums, Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot usw. als zwecklos erscheint.

§ 812. 1. Meyer, R. **06** 174 f. Eine Leistung auf Grund eines Vertrags, der an sich gültig ist, entbehrt nicht des Grundes, wenn auch der vorausgesetzte Erfolg nicht eingetreten ist. Der § 812 Abs. 1 Satz 2 will nur das römische Recht, soweit es die condictio data causa non secuta betraf, aufrechterhalten, abgesehen von den nicht mehr praktischen Innominatkontrakten. Der Abs. 2 des § 812 stellt dann nur die Anerkennung (Zahlungsversprechen) der Leistung gleich. — Eine Bürgschaft ist niemals eine „durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses“.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, führt aus: a) Die Unterlassung kann als vermögenswerte Leistung in Betracht kommen. Es liegt eine Vermögensverschiebung durch Unterlassung vor, wenn α. die Unterlassung für denjenigen, dem sie zugute kommt, eine Ausgabenersparnis bedeutet, β. die Unter-

lassung den Wert des bereits erworbenen Vermögens verringert. (Beispiele 133, 212.) b) Insoweit ist auch Rückgewähr des Wertes der Unterlassung nach Bereicherungsrecht denkbar. (Beispiele 133, 212 Note 1, 262.)

3. HansGZ. **06** Beibl. 166 (Hamburg). Auch der Besitz, die bloße Innehabung sind kondizierbar. Es ist nicht erforderlich, daß das Erlangte aus dem „Vermögen" des anderen herrühre oder gar dessen Eigentum gewesen sei. Der Kondizierende braucht nur die Innehabung (nicht ein Recht darauf) zu dem fehlenden rechtlichen Erwerbsgrunde des Gegners zu beweisen.

4. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 17. Herausgabe des Kaufpreises bei einem wegen Formmangels nichtigen Kaufgeschäfte. Zur Begründung der Klage ist die Behauptung eines Irrtums nicht erforderlich, vielmehr genügt die Behauptung, daß auf Grund eines nach § 125 BGB. nichtigen Vertrags geleistet sei. Der Beklagte hat einzuwenden, daß die Leistung in Kenntnis der Nichtigkeit erwirkt ist. **b)** SächsRpflA. **06** 13 (Dresden). Bereicherungsanspruch auf Grund eines wegen Wuchers nichtigen Geschäfts. **c)** **RG.** **61** 318. Ungerechtfertigte Bereicherung wegen Unwirksamkeit eines Vergleichs. **d)** OLG. **12** 102, FrankfRundsch. **40** 136 (Frankfurt). Bereicherungsanspruch auf Grund eines nach § 313 nichtigen Kaufvertrags.

5. KGBl. **06** 39 (KG.). Auf Kosten eines anderen ist etwas erlangt, nicht nur, wenn ein Gegenstand aus dem Vermögen des einen in den des anderen übergegangen ist, sondern auch dann, wenn ein Gegenstand, den der Empfänger erwarb, zwar noch keinen Bestandteil des Vermögens des anderen gebildet hatte, diesem aber rechtmäßig zugekommen wäre. — Der Abdeckereiberechtigte kann von dem Empfänger des gefallenen Tieres Herausgabe des Erlangten oder den Erlös verlangen.

6. **RG.** JW. **06** 351. Bei dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung stellt das BGB. (§ 812 Abs. 2) die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses der „Leistung" gleich. Daraus folgt, daß für den Herausgabeanspruch der §§ 812 ff. die Rechtslage dessen, der eine Schuld anerkannt hat, keine andere ist, wie die Rechtslage dessen, der die Schuld bezahlt hat. So gut der Zahlende das Gezahlte auf Grund des Nachweises zurückfordern kann, daß die Schuld in Wahrheit nicht bestanden habe, so daß der Empfänger das Geld ohne rechtlichen Grund erlangt habe, so gut kann der Anerkennende sein Anerkenntnis zurückfordern auf Grund des Nachweises, daß er — ganz oder teilweise — eine Nichtschuld anerkannt habe. Mehr als der Beweis des Nichtbestehens der Verbindlichkeit aber darf dem Rückfordernden weder in dem einen, noch in dem anderen Falle angesonnen werden. Insbesondere liegt ihm — wie aus § 814 hervorgeht — nicht etwa auch noch der Beweis ob, daß die Zahlung oder die Anerkennung aus Irrtum erfolgt sei, sondern es ist, wenn der Beweis des Nichtbestehens der Verbindlichkeit erbracht ist, Sache des Empfängers der Leistung, gegebenenfalls darzutun, daß der Leistende gewußt habe, er sei zur Leistung nicht verpflichtet gewesen. Vgl. **RG.** **60** 420.

7. SächsOVG. **7** 117 ff. Die Grundsätze des BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung finden ebenso wie im Privatrecht auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes Anwendung.

8. Gerichtsstand. **RG.** BayRpflZ. **06** 15. Der Gerichtsstand des § 29 ZPO. ist für Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht gegeben.

9. Aus der Praxis. **a)** OLG. **12** 102 (Frankfurt). Kondiktion eines Verzichts. **b)** OLG. **12** 353 (KG.). Durch Nichterfüllung einer Auflage wird an sich niemand auf Kosten eines anderen bereichert, da die Auflage ihrem Wesen nach „zu einer Leistung verpflichtet, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zu-

zuwenden". **c)** HansGZ. **06** Beibl. 219 (Hamburg). Wer in Ausführung eines ihm von einem anderen erteilten Auftrags zu einem nicht verbotenen Spiele Auslagen gehabt hat, hat keinen Anspruch auf Ersatz der Auslagen. Wohl aber kann er auf Grund einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen, was er dem Auftraggeber in rechtsirrtümlicher Annahme, daß ihm ein Wettgewinn zugefallen sei, gezahlt hat, während in Wahrheit ein Wettvertrag nicht zustande gekommen ist. **d)** RheinA. **102** I 199, PuceltsZ. **06** 148 (Cöln). Das Bewohnen eines fremden Hauses ohne Mietvertrag enthält eine des rechtlichen Grundes ermangelnde Bereicherung auf Kosten des Hauseigentümers auch dann, wenn nicht dargetan ist, daß, falls der in dem Hause Wohnende ausgezogen wäre, das Haus sofort hätte anderweitig nutzbar gemacht werden können, also keine Vermögensverringerung auf seiten des Eigentümers vorliegt. — Aus den Worten „auf dessen Kosten" folgt nicht, daß eine Verringerung des Vermögens des anderen vorliegen muß. **e)** OLG. **11** 366, WürttJ. **18** 7, DJZ. **06** 375 (Stuttgart). Der Kläger hatte im Konkurse des K. zwei Forderungen im Betrage von 918 und 900 M. angemeldet, die unter Nr. 30 der Tabelle festgestellt wurden. Nachträglich verzichtete er auf die Forderung von 900 M. Durch ein Versehen wurde in der Tabelle die ganze Anmeldung des Kl. als zurückgezogen vermerkt und Kl. demzufolge bei der Verteilung nicht berücksichtigt. Als nach deren Beendigung das Versehen sich herausstellte, erhob Kl. gegen eine Reihe von Konkursgläubigern eine auf § 812 BGB. gestützte Klage auf Bezahlung dessen, was sie infolge davon zu viel erhalten haben, daß seine Forderung nicht berücksichtigt worden war. Die Klage ist abgewiesen worden. Die Verteilung der Konkursmasse ist gesetzmäßig erfolgt, da der Kl. unterlassen hat, durch rechtzeitige Erhebung einer Einwendung gegen das Schlußverzeichnis die Aufnahme seiner irrtümlich in dieses Verzeichnis nicht aufgenommenen Forderung zu erwirken. Ob der Bekl. den ihm mit der Klage abgeforderten Betrag *auf Kosten* des Kl. erhalten hat, kann unentschieden bleiben; jedenfalls läßt sich nicht sagen, er habe ihn *ohne rechtlichen Grund* erhalten: denn es steht dem Kl. gegenüber den anderen Konkursgläubigern kein *besseres* Recht auf Befriedigung aus der Masse zu; ein Gläubiger, der seine Forderung nicht im Konkurs angemeldet hat, kann sicherlich nicht mit einer Bereicherungsklage von den anderen Konkursgläubigern herausverlangen, was sie zufolge seines Fernbleibens vom Konkurse mehr erhalten haben, und ein Gläubiger, dessen im Konkurs angemeldete Forderung aus Versehen nicht in die Tabelle und das Schlußverzeichnis aufgenommen worden und deshalb unbefriedigt geblieben ist, kann nicht besser gestellt sein; denn es kann ihm entgegengehalten werden, er habe das Recht auf gleichmäßige Befriedigung dadurch verloren, daß seine Forderung nicht in die Tabelle und das Schlußverzeichnis aufgenommen worden sei, worüber zu wachen seine Sache gewesen wäre. **f)** **RG.** JW. **06** 307. Über das Recht des Ehemanns, die während des Eheprozesses an seine Ehefrau gezahlten Unterhaltsgelder zurückzufordern. (Vgl. zu § 1360 BGB., § 945 ZPO.) Das Rückforderungsrecht wird meist an § 818 Abs. 3 scheitern. **g)** BauersZ. **14** 36, SeuffA. **61** 367 (Rostock). Kl. hatte dem Bekl. Auftrag gegeben, unter einer bestimmten Bedingung Aktien für ihn zu zeichnen. Bekl. hatte die Bedingung nicht innegehalten und die Aktien gleichwohl auf seinen — des Bekl. — Namen gezeichnet. Der Klage auf Erstattung des vom Kl. dem Bekl. zur Zeichnung gegebenen Betrags wurde stattgegeben. Der Bekl. war der Aktiengesellschaft zur Leistung der Einzahlungen verpflichtet. Wenn der Kl. die erste Einzahlung geleistet hat, so zahlte er damit eine dem Bekl. obliegende Schuld. Dieser ist mithin auf Kosten des Kl. bereichert. Der Kl. hat die Einzahlung in der Annahme, daß er dem Bekl. dazu verpflichtet sei, gemacht, sie ist geschehen, bevor der Kl. vom Bekl. die wahre Sachlage erfuhr. **h)** **RG.** u. KG.,

BankA. 5 83. Wer von einem gutgläubigen Dritten zur Einlösung eines von ihm für ungültige Termingeschäfte an Zahlungsstatt hingegebenen Wechsels gezwungen wird, hat für seinen Mitkontrahenten keinen Anspruch auf Erstattung der Wechselsumme wegen ungerechtfertigter Bereicherung. **i)** SächsOLG. **27** 174 (Dresden). Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt vor, wenn infolge falscher Sachbehandlung ein Hypothekengläubiger grundlos den Vorrang vor einem anderen erlangt hat. Die Herausgabe besteht nach Lage der Sache in dem Zurücktreten der Hypothekengläubiger. **k)** **RG. 61** 37, 41. Bereicherung durch Einräumung eines Vorranges. **l)** WürttJ. **18** 12 (Stuttgart). Ungerechtfertigte Bereicherung dessen, der einen präjudizierten Wechsel eingelöst hat, durch Einlösung dieses Wechsels seitens des Vormanns. **m)** **RG. 61** 233, JW. **06** 126. Erfolgt die Zahlung des Ruhegehalts an einen pensionierten Beamten zur Erfüllung einer unmittelbar auf dem Gesetze, nicht erst auf der behördlichen Festsetzung des Ruhegehalts beruhenden Verpflichtung des Staates, so kann eine solche Zahlung auch zurückgefordert werden, wenn und soweit die Voraussetzungen für die Rückforderung des zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleisteten wegen Nichtbestehens der Verbindlichkeit nach Maßgabe der §§ 812, 814 BGB. erfüllt sind. **n)** PucheltsZ. **06** 496 (KG.). Teilweise Rückzahlung von Gebühren für Einregistrierung eines Musters in das Musterschutzregister, wenn später die Schutzfrist verkürzt wird. **o)** **RG.** JW. **06** 69, BankA. **5** 129. Keine Bereicherungsklage, wenn derjenige, der, ohne verpflichtet zu sein, einen Wechsel, zu dessen Zeichnung und Einlösung er sich verpflichtet hatte, trotz wechselmäßiger Ungültigkeit seiner Zeichnung einlöst. **p)** **RG.** R. **06** 748. Der Lizenznehmer, der auf Grund eines Lizenzvertrags zur Herstellung einer als Gebrauchsmuster geschützten Vorrichtung für die von ihm hergestellten Apparate die vertragsmäßige Abgabe an den Lizenznehmer bezahlt hat, kann nicht mit der Bereicherungsklage die bezahlte Abgabe aus dem Grunde zurückfordern, weil die im Vertrage bezeichneten Apparate in Wirklichkeit nicht unter das Gebrauchsmuster fallen, solange er den Lizenzvertrag nicht mit Erfolg angefochten hat.

§ 813. 1. **RG. 62** 51 ff., 54. Eine bloße dilatorische Einrede macht die Schuld nicht zu einer Nichtschuld.

2. HansGZ. **06** Hptbl. 76 (Hamburg). Gegenüber den nach §§ 478, 479 BGB. getroffenen Beschränkungen des Käufers in der Geltendmachung seiner verjährten Ansprüche greift § 813 nicht ein, denn sonst würde die Beschränkung der Einrede des Käufers wieder beseitigt werden.

§ 814. 1. *Schierlinger, SeuffBl. **06** 661 ff., gibt eine an Ubbelohde, JheringsJ. **38** 216, und Kipp-Windscheid anknüpfende Kasuistik der hier durch Sitte und Anstand verbotenen oder noch zugelassenen Rückforderungen und bespricht die Beziehungen zwischen „sittlichen Pflichten ꝛc." und den natürlichen Verbindlichkeiten des älteren Rechtes.

2. *Klingmüller, GoldschmidtsZ. **58** 186 f. Die Frage, ob die Erfüllung konventioneller und sittlicher Pflichten auch durch Erfüllungsversprechen in der Form des Schuldanerkenntnisses vereinbart werden kann, ist zu bejahen. Die Ansicht Dernburgs, daß die Erfüllung solcher Pflichten nicht zu den natürlichen Verbindlichkeiten zu rechnen sei, weil keine „wahre" Erfüllung, sondern Schenkung vorliege, wie im Falle des § 534, müßte dazu führen, in solchem Falle die Anwendung der gerichtlichen oder notariellen Form zu verlangen. Das geht schon deswegen nicht an, weil im § 814 ausdrücklich von „Leistungen", nicht von „Schenkungen", wie im § 534 gesprochen wird, und als Leistung gemäß § 812 Abs. 2 die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses zu gelten hat. Außerdem ist auch nach allgemeiner An-

schauung keineswegs jede Erfüllung einer sittlichen Pflicht als Schenkung aufzufassen.

3. OLG. **12** 102 Anm. (Hamburg). Die Beweislast verteilt sich so, daß der Leistende die Nichtexistenz der Schuld darzutun hat, der Empfänger aber, wenn der Leistende den ihm obliegenden Beweis erbracht hat, den Nachweis für das Vorliegen des Tatbestandes des § 814 zu erbringen hat.

4. **a)** **RG.** BankA. **5** 262. Der Anspruch auf Rückerstattung des auf Grund verbotener Termingeschäfte bezahlten Kaufpreises ist auch dann gegeben, wenn dem Käufer zwar die Unklagbarkeit des Geschäfts bekannt war, nicht aber ihre Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. Ausgeschlossen ist der Anspruch jedoch, wenn sich der Käufer durch Weiterveräußerung der gekauften und abgenommenen Wertpapiere an einen Dritten zur Rückgabe derselben an den Verkäufer außerstand gesetzt hat. **b)** **RG.** BankA. **5** 118. Zahlungen zur Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte in Bergwerkspapieren können gemäß § 814 nicht zurückgefordert werden, wenn den Zahlenden bei der Zahlung bekannt war, daß es sich um verbotene Geschäfte handele. Bei einem Bankier muß diese Kenntnis vermutet werden. — Der § 814 ist nicht nur dann anzuwenden, wenn eine Partei sich auf seine Vorschrift einwandsweise beruft, sondern schon dann, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit gegeben sind.

5. OLG. **12** 102 (Dresden) s. schon JDR. **4** § 814 Ziff. 3.

§ 816. Haftung der pfändenden Gläubiger gegenüber dem dritten Eigentümer. (S. JDR. **4** § 816 Ziff. 1, **3** § 816 Ziff. 1, **1** § 816 Ziff. 2.) **a)** **RG.** JW. **06** 15, GruchotsBeitr. **50** 962, SächsRpflA. **06** 52, JustdRundsch. **06** 88. Die Zulassung eines Anspruchs, wie der von der Klägerin erhobene, ist aus dem Rechtsgrunde der Bereicherung nach dem früheren preußischen und gemeinen Rechte — hier unter Abweichung von einem vordem eingenommenen Standpunkte — in den Urteilen des **RG.** **40** 288, **42** 85, **43** 178 vom RG. angenommen worden; die dort entwickelten Grundsätze sind auch für das Recht des BGB. zutreffend und werden trotz vereinzelter Widersprüche in Literatur und Praxis allgemein als die dem neuen Rechte (§§ 812, 816 BGB.) entsprechenden erachtet. In der Tat liegt sowohl der allgemeine Tatbestand des § 812 BGB. vor, daß der Gläubiger, der nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen seines Schuldners hat, auf Kosten des Eigentümers der Pfandstücke etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, als auch der besondere des § 816 BGB., indem der Gläubiger, der durch den Gerichtsvollzieher dem Schuldner nicht gehörige Gegenstände zum Zwecke seiner Befriedigung nehmen und versteigern läßt, als Nichtberechtigter über diese Gegenstände eine Verfügung trifft, die mit Rücksicht auf die Rechte des gutgläubigen Erwerbers dem Eigentümer gegenüber wirksam ist. **b)** WürttJ. **18** 57 (Stuttgart). Anspruch des Eigentümers wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger eines Dritten, welcher die dem Eigentümer gehörigen Sachen versteigern läßt. **c)** BreslauAK. **06** 13 (Breslau). Der Vermieter hat gegen denjenigen Gläubiger des Mieters, der durch Pfändung und Versteigerung der eingebrachten Sachen des Mieters Befriedigung erlangt hat, die Bereicherungsklage. Der Gläubiger hat etwas erlangt, was dem Vermieter zustand und um das der Mieter geschädigt ist oder, wie man auch folgern kann, er hat über den Erlös durch dessen Ansichnahme eine Verfügung getroffen, zu der er materiell nicht berechtigt war, die dem Vermieter gegenüber aber formell, nämlich nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vollwirksam ist.

§ 817. 1. **RG.** **63** 179 ff., JW. **06** 383, DJZ. **06** 762, HansGZ. **06** Beibl. 145 ff. Erfüllungsgeschäft und Kausalgeschäft. Die Frage, ob auch das

Erfüllungsgeschäft, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz als nichtig behandelt wird, ist zu verneinen. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts wäre unvereinbar mit § 817. Denn wäre das Erfüllungsgeschäft nichtig, so könnte davon keine Rede sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zwecke nur eine Rückforderung (Kondiktion) stattfindet. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts, z. B. der Auflassung, müßte zur Folge haben, daß eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten, das Eigentum vielmehr bei demjenigen, der die Auflassung erteilt hat, verblieben wäre und von ihm mit der Eigentumsklage (Vindikation) geltend gemacht werden könnte. Dies ist nicht der Standpunkt des § 817.

2. Satz 2. **RG. 63** 179 ff., JW. **06** 383, DJZ. **06** 762, HansGZ. **06** Beibl. 145. In Satz 2 ist an Erfüllungsgeschäfte, die auf dem Gebiete des Sachenrechts liegen und die eine Vermögensverschiebung in dinglichen Rechten bewirken, nicht gedacht.

3. **RG. 63** 346 ff. Die Vorschrift des § 817 Abs. 2 findet auch dann Anwendung, wenn einem auf die allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Klaganspruch in Wirklichkeit ein von dem Beklagten einwandsweise geltend gemachter, unter die Bestimmung des § 817 Satz 2 fallender Tatbestand zugrunde liegt. Dem Wortlaute nach bezieht sich die Vorschrift des § 817 Satz 2 nur auf die Vorschrift des Satz 1 das. Da der Bereicherungsanspruch aber als ein einheitlicher, in der Hauptsache gemeinsamen Regeln unterliegender aufzufassen ist, so ist der dem § 817 Satz 2 zugrunde liegende Gedanke als für jeden Bereicherungsanspruch maßgebend anzusehen, auch soweit ein solcher an sich unter die allgemeine Bestimmung des § 812 fällt.

4. R. **06** 1194 (Frankfurt). Die Rückforderung von Abschlagszahlungen und Zinszahlungen ist ausgeschlossen, wenn durch sie neben der Erfüllung noch ein anderer, den guten Sitten widersprechender Zweck verfolgt wird, wenn die Zahlende durch die Zahlungen sich mit dem Eigentümer an dem gekauften Hause die Erwerbsquelle sicherte, in ihm Unzucht zu treiben, die Zahlungen nicht lediglich ein Entgelt für die Übereignung des Hauses, sondern auch bezweckten, die Fortsetzung der schimpflichen Erwerbsquelle in dem Hause zu ermöglichen und dem Verkäufer dies bekannt war.

5. SächsRpflA. **06** 431, R. **06** 1260 (Dresden). Unsittlich ist die Entlohnung für das Bearbeiten des Gegners, wenn die Zwischenperson unter der Maske eines Freundes und uneigennützigen Ratgebers sich an die andere Partei herandrängt, um sie unter Mißbrauch des erschlichenen Vertrauens in fremdem Interesse zu beeinflussen. Die Annahme eines Lohnes für derartige Tätigkeit ist nichtig.

6. SächsRpflA. **06** 430 (Dresden). Kondiktion eines Provisionsversprechens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. Vgl. o. zu § 652 Ziff. 4 c.

§ 820. Satz 2. Planck. Es genügt nicht, daß objektiv eine Ungewißheit über den Eintritt des Erfolges bestand. Indem verlangt wird, daß der Eintritt des Erfolges nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen sei, wird auf die Anschauung der das Rechtsgeschäft wahrnehmenden Personen abgestellt. Diese müssen den Eintritt des Erfolges als ungewiß angesehen haben. Diesem Erfordernis ist schon dann genügt, wenn nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts der bezweckte Erfolg erst in der Zukunft eintreten sollte und die Parteien daher wußten, daß es sich um einen künftigen Erfolg handle; es ist nicht erforderlich, daß die Parteien an die Ungewißheit des Eintrittes des Erfolges besonders gedacht haben.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Die Lehre von den unerlaubten Handlungen ist auch in diesem Berichtsjahre wieder durch zahlreiche Beiträge bereichert worden. Zwar sind nicht, wie in

den Vorjahren, eingehende, speziell sich mit dem Gebiete der unerlaubten Handlungen befassende Arbeiten zu verzeichnen. Dagegen sind, wie stets bisher, einzelne Fragen aus diesem sich auf alle Zweige des Zivilrechts und auf viele Teile des öffentlichen Rechtes erstreckenden Gebiete zum Gegenstande besonderer Erörterung gemacht worden. Die Bedeutung, welche die Bestimmungen der §§ 823 und 826 für das wirtschaftliche Leben haben, ist in den Vorbemerkungen früherer Jahrgänge bereits hervorgehoben; es wird hierauf verwiesen. Das vorliegende Material gibt wiederum Zeugnis von der Bedeutung der in diesem Titel enthaltenen Vorschriften. Die Rechtsprechung insbesondere nimmt im Berichtsjahre einen erheblichen Raum ein. — Wie bisher, ist den einzelnen Bestimmungen eine die gemeinsamen Merkmale enthaltene Vorgruppe vorangestellt. — Verweisungen auf frühere Paragraphen, insbesondere die §§ 249 und 276, waren unerläßlich.

Was einzelne Fragen anlangt, so mag aus der Vorgruppe insbesondere auf die Arbeit von Rotering hingewiesen werden. Aus der Arbeit von Zitelmann (s. u. Literatur) sind verschiedene Mitteilungen von besonderem Werte wiedergegeben. Ein eingehender zusammenhängender Selbstbericht findet sich oben zu §§ 241 ff. Ziff. 5. — Sehr beachtenswert sind die Ausführungen Riezlers über die Freiheit in der Betätigung der Arbeitskraft. Von praktischer Bedeutung ist die Entscheidung über die Freigabe des Eigentums bei der Intervention. — In der Frage der Verletzung obligatorischer Rechte bleibt das RG. auf seinem früheren verneinenden Standpunkte bestehen, die Instanzgerichte schließen sich der Ansicht durchweg an. Mit vollem Rechte. — Unter den zahlreichen Einzelfällen (Ziff. 7) sei auf die Entscheidungen über die Haftpflicht der Gemeinden für die Verkehrssicherheit der Wege hingewiesen. Die Haftpflicht der Vermieter und Hauseigentümer und insbes. die Verpflichtung zum Streuen bei Glatteis hat verschiedentlich Anlaß zu Erörterungen gegeben. Bei der Verschiedenheit der einzelnen Fälle sind die Entscheidungen mit ganz besonderer Berücksichtigung des Tatbestandes angeführt. Die Haftung des Arbeitgebers wegen Unterlassung des Klebens von Invaliditätsversicherungsmarken ist Gegenstand verschiedener Erörterungen. Die Meinungen schwanken noch; das RG. hat die Frage verneint. — Zum § 826 sind zahlreiche Entscheidungen zu vermerken. Von wissenschaftlichen Arbeiten ist Oertmanns Abhandlung über die zivilrechtlichen Folgen des Streikes beachtenswert. Die Rechtsprechung des RG., insbes. das Ziff. 9b abgedruckte Erkenntnis, hat sich eingehend und in einer den Bedürfnissen des Verkehrs entgegenkommenden Weise über die aus dem Lohnkampfe sich ergebenden Folgen ausgesprochen. Das Erkenntnis des RG. (JDR. 4 § 826) über die Beziehung des § 826 zur formalen Rechtskraft ist von Hüssener und Kleinfeller angegriffen worden. — Zu § 831 ist eine besonders reichhaltige Judikatur zu verzeichnen. — Die Aufsichtspflicht der Eltern hat Mayr behandelt. — § 833 hat auch in diesem Berichtsjahre wieder seine eigene Geschichte. Von großer Bedeutung sind die Ausführungen des RG. (Ziff. 3) über den Kausalzusammenhang, sowie über den Begriff des Tierhalters. Das RG. hat in Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch den Begriff begrenzt; es soll auf das Einstellen in den Wirtschaftsbetrieb ankommen. Auf diese Weise wird der bisher ziemlich formalistisch angewandte Begriff modulationsfähiger. Die Auffassung, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung durch stillschweigenden Vertrag ausgeschlossen werden könne, ist verschiedentlich angegriffen worden. Der Juristentag hat eine Änderung des § 833 nicht gutgeheißen; es ist zu erhoffen, daß daraufhin auch die wieder eingebrachte Novelle nicht Gesetz wird. Die Gutachten von Träger, welcher einen eingehenden Selbstbericht angefertigt hat, und die Gutachten von Marwitz sind als beachtenswert hervorzuheben. — Zu § 839 sind Abhandlungen von Brie, Delius und v. Schelhorn zu verzeichnen. Zur Frage der Amtspflicht des Beurkundungsbeamten hat Josef einen für den Praktiker wichtigen Aufsatz geschrieben. Zu den §§ 843, 844 sind wiederum wichtige Entscheidungen des RG. ergangen, so über die Berücksichtigung späterer Gestaltung der Verhältnisse, über die Ansprüche des Ehemanns bei der Verletzung der Ehefrau.

Literatur: Bahr, Gewährt das BGB. dem Produzenten Schutz gegen schädigenden Aufkauf und Preisunterbietungen? Berlin 1904. — Bendix, Rat und Empfehlung, SeuffBl. **06** 1. — Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen. Breslau 1906. — Brunn, Die Haftung des Arbeitgebers für den aus der Nichtverwendung von Beitragsmarken zur Alters- und Invalidenversicherung dem Arbeitnehmer erwachsenen Schaden, ABürgR. 28 271. — Brückner, Ist bei Zugrundelegung des BGB. der Arbeitgeber dem Arbeiter für die rechtzeitige Verwendung (Einklebung) der für die Erlangung der Invaliden- und Altersrenten erforderlichen Marken privatrechtlich haftpflichtig? GruchotsBeitr. **50** 783. — Daffis, Fällt der Haftbefehl in den Bereich der im § 839 Abs. 2 vorgesehenen Urteile? DJZ. **06** 1017. — Delius, Haftpflicht des Beamten bei Entscheidungen, welche auf Grund des Vortrags eines Referenten geschlossen werden, PrVerwBl. **27** 756. — Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Berlin 1906. — Fischer, Der Kausalzusammenhang bei fahrlässigen Körperverletzungen, PucheltsZ. **06** 625. — Fuld, Monopole und Kontrahierungszwang, R. **06** 1181. — Gerkrath, Zur Begriffsbestimmung des Unfalls, ZVersWes. **06** 1. — Hammer, Haftung der Eisenbahnen bei Verletzung und Tötung von Personen nach dem RGes. v. 7. 6. 71, HirthsAnn. **06** 688, 761, 845. — Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruche nach bürgerlichem Rechte. Breslau 1906. — Hellwig, Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung, DJZ. **06** 1289. — Hertzer, Haftpflicht der Eisenbahn und ihrer Bediensteten für Erteilung von Anskünften, Rat und Empfehlung, EisenbE. **22** 407. — Hilse, Sterbegeld für eine Totgeburt, HirthsAnn. **06** 74. — Ders., Beerdigungskosten bzw. Sterbegeld, ABürgR. **27** 283. — Hüssener, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, KGBl. **06** 45. — Josef, Der Schadensersatzberechtigte bei Amtsverletzungen des Beamten, insbesondere des Notars, ACivPr. **98** 426. — Kleinfeller, Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoß gegen die guten Sitten, BayRpflZ. **06** 1. — Lenel, Die Gefahren der Gelegenheitsgesetzgebung (der neue § 833), DJZ. **06** 626. — Manheimer, Schadensersatz wegen Betrugs beim Vertragsschlusse, PosMschr. **06** 37. — Marwitz, Empfiehlt sich eine Änderung des § 833 BGB. über die Haftung des Tierhalters? DJT. **28** II 86 ff. — Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB., SeuffBl. **06** 109. — Oertmann, Welche zivilrechtlichen Folgen knüpfen sich an die im modernen Lohnkampfe üblichen Verrufserklärungen, insbesondere an das Verbot des Einkaufs und Verkaufs, des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers? DJT. **28** II 33 ff. — Olshausen, Zum Entwurfe des Automobilhaftpflichtgesetzes, DJZ. **06** 341. — Riezler, Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit, ABürgR. **27** 244. — Rotering, Unterlassung nach schuldlos gesetzter Kausalität, BayRpflZ. **06** 54. — v. Schelhorn, Die Amtshaftpflicht gegenüber Dritten nach deutschem und bayerischem bürgerlichen Rechte, HirthsAnn. **06** 439. — Schumacher, Wer ist Tierhalter? JW. **06** 156. — v. Thur, Zur Reichstagsvorlage betr. die Haftung für Tierschäden, DJZ. **06** 389. — Träger, Empfiehlt sich eine Änderung der Vorschrift des § 833 BGB. über die Haftung des Tierhalters? DJT. **28** II 115. — Ders., Zur Haftung des Tierhalters, DWirtschZ. **06** 769. — Zitelmann, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit, ACivPr. **99** 1 ff.

Zu §§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung. (S. JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 1, **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **1** zu § 823 Ziff. 1—3.)

2. Kausalzusammenhang. (S. o. § 249 Ziff. 5 u. § 833 Ziff. 3, JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5.)

a) *Hein, Verleitung zum Vertragsbruche 7—55. Die Rechtssätze, in deren Tatbestande die ursächliche Verknüpfung verwertet wird, bezwecken eine für den Durchschnitt der Fälle richtige Regelung des menschlichen Zusammenlebens. Eine juristische Kausalitätstheorie ist daher falsch, wenn bei ihrer Anwendung die den Kausalbegriff verwertenden Normen als unrichtiges Recht erscheinen würden. Neben diesem teleologischen Kriterium steht die dogmatisch begründete Forderung, daß im Rechte eine gleichmäßige Beurteilung der Kausalitätsfragen stattfinden muß. — Rechtlich bedeutungslos ist es, ob ein Erfolgsantezedens logisch Ursache oder Bedingung ist. Kohler, A. Horn und Mayer, die jede logische Ursache auch rechtlich für eine solche erklären, verkennen das teleologische Prinzip. — Die anderen Kausalitätstheoretiker nehmen eine Auswahl unter den Antezedenzien nach teleologischen Gesichtspunkten vor. Verf. untersucht, welche Lehre teleologisch und dogmatisch am meisten befriedigt. Er prüft besonders eingehend die Lehre von der adäquaten Verursachung und erklärt die Liepmann-Trägersche Fassung dieser Lehre für die beste Kausalitätstheorie.

b) **RG.** BayRpflZ. 06 316. Die Rechtsprechung läßt, wenn es sich um zeitlich aufeinander folgende und miteinander im Zusammenhange stehende Vorgänge handelt, das vorangehende Ereignis nur dann als Ursache des folgenden gelten, wenn es unter gleichen Umständen den tatsächlich eingetretenen Erfolg auch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens notwendig oder doch regelmäßig zur Folge hat.

c) BadRpr. 06 278 (Karlsruhe). Für die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang ist nicht erforderlich, daß der Schaden durch den verpflichtenden Umstand allein und unmittelbar herbeigeführt wird; es genügt, wenn eine Tatsache eine der meist mehrfachen Bedingungen, in deren Verkettung der ursächliche Zusammenhang eines bestimmten Ereignisses besteht, bildet.

d) **RG.** (Strafs.) DJZ. 06 84. Der ursächliche Zusammenhang zwischen einem schuldhaften Handeln und dem eingetretenen schädlichen Erfolg erfordert nicht, daß das erstere die alleinige Ursache für dessen Eintritt gewesen ist; es genügt, wenn das schuldhafte Handeln auch nur eine der mehreren Voraussetzungen für den Eintritt des Erfolges geschaffen hat. Insbesondere kann daraus, daß nach § 254 BGB. bei der Entscheidung über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens und über den Umfang des Ersatzes darauf Gewicht zu legen ist, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist, ein Grund für die Ansicht, daß der Strafrichter bei Beurteilung der Frage des ursächlichen Zusammenhanges zu prüfen habe, welche von mehreren zusammenwirkenden Ursachen die wirksamste Bedingung gewesen sei, nicht hergeleitet werden.

e) **RG.** R. 06 375. Die Möglichkeit, daß, wenn die den Schaden verursachende Unterlassung nicht stattgefunden hätte, der Schaden doch hätte eingetreten sein können, hebt die Tatsache nicht auf, daß er infolge der Unterlassung eingetreten ist.

f) JW. 06 231. Für die durch den Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufenen schädigenden Einflüsse auf Gesundheit der Geschädigten ist Schädiger nicht haftbar; mangelnder Kausalnexus. S. auch o. zu § 249 Ziff. 3 b.

3. Verschulden. (Vgl. JDR. 4 zu §§ 823 ff. Ziff. 4, 3 Ziff. 5, 2 Ziff. 9, Ziff. 6. S. auch o. zu § 276 Ziff. 1, 2.

a) *Zitelmann. Zum Verschulden ist auch das Kennen und Kennenmüssen der Tatumstände, die die objektive Rechtswidrigkeit begründen, erforderlich („subjektive Rechtswidrigkeit") (7, 63 ff., 75, 103). § 276 Abs. 3 ist bei unerlaubten Handlungen entsprechend anwendbar (17 Anm. 17, 54, 90 Anm. 66).

b) **RG.** ElsLothJZ. 06 96. Die Haftung aus schuldhafter Handlung setzt voraus, daß der schuldhaft Handelnde die Möglichkeit eines Schadens seiner schuldhaften Handlung voraussieht. Nicht erforderlich ist dagegen, daß er die konkrete Tatsache voraussieht, aus der der Schaden enstanden ist. Das konkurrierende Verschulden eines Dritten schließt aber die Kausalität nur dann aus, wenn es den Eintritt eines Schadens verhindert, der ohne sein Hinzutreten eingetreten wäre. Dagegen braucht der Schaden nicht notwendige Folge, der verpflichtende Umstand nicht die alleinige Ursache zu sein.

c) R. 06 181 (Kiel). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nicht erst dann als beobachtet anzusehen, wenn jede auch nur entfernteste Möglichkeit einer schadenbringenden Folge der Handlung überdacht ist, sondern schon dann, wenn nach dem natürlichen Verlauf der Dinge erwartet werden konnte, daß die Handlung einen Schaden nicht herbeiführen könnte.

d) BayRpflZ. 06 406 (Bamberg). Fahrlässige Körperverletzung durch Herabeilen über eine Haustreppe. Die Sorgfalt erfordert, daß man die Treppe in

gemäßigtem Schritte herabgeht und nicht hinabspringt. Hierdurch wird die Sicherheit der anderen Passanten gefährdet.

e) RG. JW. **06** 711. Entschuldbarer Irrtum schließt Fahrlässigkeit aus.

f) Konkurrierendes Verschulden (s. o. § 254). BadRpr. **06** 19 (Karlsruhe). Ein Verschulden liegt vor, wenn jemand einen zwölfjährigen Knaben in einer Mühle beschäftigt und ihm auch gestattet, in der Mühle zu spielen. Mitwirkendes Verschulden des Vaters des Knaben liegt vor, wenn er zugibt, daß der Knabe sich in der Mühle aufhält.

g) SeuffA. **61** 236 (Naumburg). Mitwirkendes Verschulden durch Mitfahren auf einem von einem Knaben gelenkten Fuhrwerke.

4. Widerrechtlichkeit. Notwehr und Notstand. (JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 5, **2** Ziff. 10, **1** Ziff. 7.)

a) **RG.** BadRpr. **06** 101. Die Behauptung der Notwehr enthält nicht ein Leugnen des Klagegrundes, der Vorsätzlichkeit des objektiv rechtswidrigen Handelns, sondern einen Einwand, wodurch ein besonderer, die Rechtswidrigkeit im gegebenen Falle ausschließender Umstand geltend gemacht wird, und hinsichtlich dessen die Behauptungs- wie die Beweispflicht dem Beklagten obliegt. Die im Strafverfahren hinsichtlich der Notwehr zur Anwendung kommenden Grundsätze können für das Zivilrecht nicht maßgebend sein (**RG. 33** 352), aber keinesfalls für eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 Abs. 1 herbeigezogen werden. (Vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 54.)

b) *Zitelmann. Der Notstand (in den über §§ 228 und 904 hinausgehenden Fällen) schließt die Widerrechtlichkeit und damit die Schadensersatzpflicht nicht aus (16 Anm. 16).

c) *Bahr 28. Der Zusatz „rechtswidrig" im Tatbestande ist ein Hinweis darauf, daß die Handlung eine widerrechtliche ist, solange sie nicht aus einem besonderen Grunde rechtmäßig wird. Der Begriff der Rechtswidrigkeit aber wird nicht vom Standpunkte des Verstoßes gegen das objektive Recht, sondern vom Standpunkte des Rechtes des Verletzenden aus betrachtet.

5. Klagenkonkurrenz. S. JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 6, **3** Ziff. 7, **1** Ziff. 8. — S. auch o. zu § 276 Ziff. 3 d.

a) HansGZ. **06** Beibl. 21 ff. (Hamburg). Enthält die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich, vom Vertrag abgesehen, den Tatbestand eines Delikts nach §§ 823 ff., so entsteht neben dem Vertragsanspruch ein Anspruch aus der unerlaubten Handlung. Vgl. u. § 823 Abs. 1 Ziff. 7 v.

b) HansGZ. **06** Beibl. 310 (Hamburg). Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus dem Vertrag und der unerl. Handlung für zulässig erklärt.

6. *Rotering. Eine besondere immerhin subsidiäre Klage erwächst ex delicto aus der „Unterlassung nach schuldlos gesetzter Kausalität". Für die strafrechtlichen Folgen verantwortlich ist jeder, welcher durch einmaligen Anstoß einen Kausalverlauf in Bewegung setzt, welcher auf das Entstehen eines Schadens in fremder Rechtssphäre gerichtet ist. Er ist als in derselben wirkend zu betrachten, solange die Kraft wirkt, welcher schon bei ihrem Entstehen die Rechtsnatur der Gefährdung hatte, solche nicht erst später empfing. Handelte nun der Täter damals ohne Erkenntnis der Situation und schuldlos, so befindet er sich doch objektiv im Unrecht, ihn überkommt eine Reparationsverbindlichkeit wie den bonae fidei possessor, welcher in bösen Glauben versetzt wird, er muß sich aus dem Kreise, in dem er unberechtigt wirkt, zurückziehen. So, wenn bloß Gefährdung vorliegt, auch wenn der schon bewirkte Erfolg noch verschlimmert werden kann. Der Brückenarbeiter zeigt dem Wanderer den Weg, erfährt jetzt, daß die Passage lebensgefährlich ist, der Verleiher eines Jagdgewehrs erfährt nachträglich, dasselbe sei geladen, der Schiffer, daß Dynamit verladen sei, der Förster, daß er ohne

seine Schuld den Wilddieb verwundet, der Wagenlenker, daß er einen Betrunkenen überfahren habe, welcher jetzt leicht erfrieren kann. Täter sind verpflichtet, die Gefahr durch Gegenwirkung — oft bloße Warnung — abzulenken oder weiteren Schaden zu verhüten. Ohne diese Verpflichtung kann das Leben nicht bestehen (Ziebart, Forstrecht 339, v. Buri, Kausalität 96, Löning, Grundriß 18, 20, Finger, Lehrb. 292). Da aber die Situation ohne Schuld des Täters hervorgerufen ist, so ist auch die Reparationsverbindlichkeit eine beschränkte. Sie endet, wenn Täter selbst in Notstand kommen müßte, auch wenn nur die Aufwendungen unverhältnismäßige wären (§§ 228, 904 BGB. analog). Selbst bei Gleichwertigkeit ist ein jeder sich selbst der nächste. Ist die Unterlassung aber Delikt, z. B. fahrlässige Körperverletzung, so erwächst die Schadensersatzklage ex delicto, wenn nicht schon durch Amt oder Vertragspflicht Gefahrabwendung geboten war.

7. Klage auf Unterlassung. Vgl. JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10. **a**) *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 220 ff., behandelt die Frage, ob und inwieweit ein Anspruch auf Unterlassen unerlaubter Handlungen aus Zuwiderhandlungen gegen absolute Verbotsnormen entspringen kann. Das Ergebnis ist: Der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter, d. h. schuldhafter Handlung ist nur als Erscheinungsform des deliktischen Ersatzanspruchs anzuerkennen (Abgrenzung und Kasuistik 223—226). — Der Unterlassungsanspruch auf Grund objektiv widerrechtlichen Eingriffs in eine durch absolute Verbotsnormen geschützte Interessensphäre ist soweit zu gewähren, als er bzw. die Unterlassungsklage ausdrücklich verliehen sind oder die Position des Begünstigten vom Gesetz selbst als Ausschlußrecht anerkannt wird oder endlich eine analoge Gewährung der Unterlassungsklage erlaubt ist. — Über die Methode und Grenzen der Analogie s. 226—228, 126—131. — Im Wege der Analogie die Unterlassungsklage generell zu gewähren ⇻ wie Eltzbacher will, ⇺ wird als mit dem Gesetz unvereinbar abgelehnt.

b) *Eltzbacher (109/121, 137/145). Sowohl bei Verletzung eines Rechtes wie bei Verstoß gegen ein Schutzgesetz ist, wenn die Fortsetzung oder Wiederholung droht, auch die Unterlassungsklage gegeben (näheres oben im Anhange zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teils, hinter § 231).

c) R. **06** 1194 (Cöln). Jeder, auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein fremdes Rechtsgut berechtigt, falls weitere Eingriffe zu befürchten sind, den Verletzten zu einer Klage auf Unterlassung weiterer Eingriffe. Bei diesem Anspruch auf Unterlassung ist es — anders wie bei der Schadensersatzforderung aus § 824 BGB. — unerheblich, ob den Gegner ein Verschulden trifft, und ebenso ob er in Wahrung eines berechtigten Interesses gehandelt hat. (Vgl. JW. **99** 750, **RG. 60** 6, **61** 366.)

d) R. **06** 1195 (Frankfurt). Aus einer unerlaubten Handlung ist nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern auch ein Anspruch auf Unterlassung gegeben.

e) Über Unterlassungsklage SächsRpflA. **06** 251 (Dresden).

f) FrankfRundsch. **40** 9, R. **06** 1195 (Frankfurt). Die Möglichkeit, auf Unterlassung zu klagen, ist nicht nur in den Fällen gegeben, in denen das BGB. sie ausdrücklich statuiert, sondern überall da, wo es ein Recht gibt oder eine Verpflichtung auferlegt (s. o. Ziff. a).

g) FrankfRundsch. **40** 12, R. **06** 1195 (Frankfurt). Die tatsächliche Beseitigung der Störung macht den Anspruch auf Unterlassung noch nicht gegenstandslos, sofern künftige Störungen zu besorgen sind.

h) **RG.** ElsLothJZ. **06** 1. Die Klage auf Unterlassung unrichtiger Angaben ist, nachdem der gegen § 1 UnlWG. Verstoßende den rechtswidrigen Zustand beseitigt hat, dann nicht mehr zulässig, wenn sein Verhalten zur Befürchtung weiterer Störungen

keinen Anlaß gibt. In diesem Falle kommt die Erhebung der Unterlassungsklage einer Schikane gleich.

8. Beweislast. JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11.

a) *Zitelmann. Die Beweislast über das Vorhandensein besonderer die objektive Widerrechtlichkeit ausschließender Umstände trifft den Beklagten.

b) WürttJ. **18** 319 (Stuttgart). Im Falle der Verletzung eines Menschen durch Entladung einer Schußwaffe hat der Verletzende nachzuweisen, daß irgend ein von ihm nicht zu vertretender unglücklicher Umstand, z. B. eine unwillkürliche Bewegung infolge plötzlichen Schreckens oder eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht in Rechnung zu nehmende Eigenschaft der Waffe die Entladung herbeigeführt hat.

c) **RG.** JW. **06** 472. Das deliktsfähige Kind hat die Behauptungs- und Beweispflicht, daß ihm bei der Begehung die vom Gesetz erforderte Einsicht gefehlt habe. **RG.** JW. **05** 531.

9. Ersatz künftigen Schadens.

a) **RG.** JW. **06** 359. Fehlt es zur Zeit der Klageerhebung an den erforderlichen Unterlagen für die Bemessung des künftigen Erwerbsverlustes, so kann eine Verurteilung zur Zahlung der zur Ausgleichung dieses Schadens dienenden Rente nicht ausgesprochen werden, der Kläger würde vielmehr insoweit nur eine Feststellung dahin verlangen können, daß der Beklagte ihm künftig den durch den Erwerbsverlust erwachsenden Schaden zu ersetzen habe.

b) **RG.** JW. **06** 16. Eine Schadensersatzklage (Feststellungsklage) ist begründet, sofern auch nur die Möglichkeit einer durch eine widerrechtliche Verletzung verursachten Vermögensbeschädigung des Verletzten vorliegt.

c) **RG.** R. **06** 935. Es ist statthaft, eine Klage auf Schadensersatz so anzustellen, daß die Festsetzung des Betrags dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wird, wofern dem Richter die nötigen Grundlagen für solche Festsetzung an die Hand gegeben sind.

10. Gerichtsstand.

a) SächsRpflA. **06** 254, NaumburgAK. **06** 96, SeuffA. **61** 328 (Dresden). Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. ist auch bei Klagen auf Ersatz von Tierschäden gegeben.

b) **RG.** SeuffA. **06** 167 s. schon JDR. **4** zu §§ 823 ff. Ziff. 10.

§ 823. I. Abs. 1. 1. OLG. **12** 110, SeuffA. **61** 56 (Hamburg). Schadensersatz wegen Beschädigung eines Gebäudes während des Baues kann auch der Bauunternehmer fordern, nicht nur der Eigentümer.

2. Körperverletzung. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5.

a) *Zitelmann. Der ärztliche Eingriff ist, objektiv genommen, Verletzung des Körpers oder der Gesundheit im Sinne des § 823, auch wenn er im schließlichen Erfolge den körperlichen Zustand, als Ganzes genommen, verbessert (80 ff.).

b) Fischer. Es besteht die Rechtsvermutung, daß derjenige, der durch seine Tätigkeit einen sich passiv Verhaltenden verletzt, zunächst als der Verursacher des Schadens und als der schuldige Teil gilt.

c) **RG.** NaumburgAK. **06** 74. Das streitige Rechtsverhältnis der Schadensersatzpflicht entsteht infolge einer schuldhaften Körperverletzung zwischen dem Täter und dem Verletzten in der Regel sofort mit der Verletzung, sofern auch nur die Möglichkeit einer hierdurch verursachten Vermögensbeschädigung des Verletzten vorliegt. Der Schadensersatzanspruch mag so lange noch ein bedingter sein, als nicht infolge der Verletzung ein wirklicher Schaden entstanden ist, aber dieser Umstand steht der Klage auf Feststellung nicht im Wege. Es handelt

sich hierbei keinenfalls um den Ausspruch über das Bestehen eines völlig ungewissen, bloß möglichen Rechtsverhältnisses.

d) **RG. JW. 06** 739. Grundsätzlich braucht der Beklagte für den Schaden nur einzustehen, soweit er eine Folge des Unfalls ist, nicht aber insoweit, als auch ohne die Verletzung infolge der naturgemäßen Weiterentwickelung der Krankheitsanlage, insbesondere des Muskelschwundes, die teilweise oder vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers eingetreten sein würde. Vgl. **RG.** JW. **06** 204.

e) Züchtigungsrecht. **RG.** JW. **06** 85. Wenn der Beklagte (Lehrer) dem Kläger mehrere Ohrfeigen versetzte und zwar derart, daß sich Nasenbluten bei dem Kläger einstellte, und wenn er sogar trotz dieser Wirkung der ersten Ohrfeigen weiter auf den Kläger einschlug, so ist eine objektiv wie subjektiv grobe Überschreitung der für das hier in Rede stehende Rechtsgebiet durch die Bestimmungen des § 50 II. 12 ALR. und Nr. 4 Allerh. KabO. betr. die Schulpflicht und die Schulzucht vom 14. 5. 1825 (GS. 149) gesetzten Grenzen der dem Lehrer aus öffentlichem Rechte zustehenden Züchtigungsbefugnis unverkennbar gegeben. Der Beklagte ist somit zu Recht nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB. verantwortlich erachtet worden.

f) BadRpr. **06** 194 (Karlsruhe). Haftung des Lehrers für die Folgen einer von ihm vorgenommenen Züchtigung, s. u. Abs. 2 Ziff. 3 f δ.

3. Verletzung der Freiheit. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 5, **1** Ziff. 6.

a) *Zitelmann. Auch die Einsperrung mit Einwilligung des Eingesperrten ist objektiv eine Verletzung der Freiheit (76).

b) *Riezler, Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit. Die Freiheit in der Betätigung der Arbeitskraft (die „Arbeitsfreiheit") ist ein besonderes unter dem Rechtsschutze des § 823 stehendes Persönlichkeitsrecht. Daraus folgt, daß, wer einen ernstlich Arbeitswilligen widerrechtlich verhindert, die sich ihm bietende Arbeitsgelegenheit zu ergreifen, und ihn dadurch schädigt, ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist. Das Streikpostenstehen kann also unter Umständen zum Schadensersatz verpflichten, wenn es nachweislich kausal ist für die wirtschaftliche Schädigung des von der Arbeitsgelegenheit Abgehaltenen. — Auch in der mit einer ungerechtfertigten Verruferklärung verbundenen Aussperrung eines Arbeiters durch einen Unternehmerverband kann eine zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 liegen, wenn über die Versagung von Arbeit für den einzelnen Fall hieraus eine Vernichtung oder erhebliche Erschwerung der Arbeitsmöglichkeit für andere Fälle, also generell, vorliegt, und damit die Arbeitsfreiheit tatsächlich vernichtet oder unleidlich eingeengt wird.

4. Verletzung des Eigentums. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7.

a) *Zitelmann. Unter Eigentumsverletzung im Sinne von § 823 sind zu verstehen einmal wirksame rechtliche Verfügungen über das fremde Eigentumsrecht und zweitens tatsächliche Handlungen, die vorzunehmen dem Eigentümer vorbehalten ist oder durch die der Eigentümer in der Ausübung seines Eigentums gestört wird; Vernichtung oder Beschädigung oder auch nur Veränderung der Sache, Abtrennung von Sachteilen oder Vermischung, Ingebrauchnahme oder Verbringung der Sache, Störung oder Entziehung des Besitzes (25, s. a. 83 Anm. 62).

b) SchlHolstAnz. **06** 225 (Kiel). Haftung für den durch Funkenflug aus der Lokomotive einer Feldbahn angerichteten Schaden. Der Grundsatz des **RG. 58** 130 (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 b) ist auf den konkreten Fall nicht angewendet worden, weil es sich nicht um einen auf Grund des preußischen Eisen=

bahngesetzes oder Kleinbahngesetzes konzessionierten Eisenbahnbetrieb handelt, sondern um ein privates für den Landwirtschaftsbetrieb errichtetes Unternehmen.

c) **RG.** ElsLothJZ. **06** 29 ff., 31. Im allgemeinen kann dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger nicht zugemutet werden, die Mitteilung eines Dritten, daß er Eigentümer der gepfändeten Sachen sei, ohne weiteres zu glauben und auf Grund derselben freizugeben; er darf vielmehr erwarten, daß der Eigentümer gemäß §§ 771 und 769 ZPO. zum Schutze seines Eigentums Schritte tut. In dem Unterlassen kann sogar ein Mitverschulden des Eigentümers i. S. des § 254 BGB. liegen. Der Gläubiger wird jedoch dann dem Eigentümer schadensersatzpflichtig, wenn er nicht bloß von dem Eigentumsverhältnis Kenntnis erhalten, sondern auch durch die Zusicherung, die Vollstreckung nicht durchzuführen, den Eigentümer von der Verfolgung seines Eigentumsrechts abgehalten hat. S. auch o. zu § 254 Ziff. 10e, § 276 Ziff. 5i.

d) Halten von Bordellen. SeuffA. **61** 24 (Dresden). Schädigung der Nachbarn durch Bordellbetrieb.

e) BadRpr. **06** 352 (LG. Mosbach). Eine Verletzung des Eigentums i. S. d. § 823 setzt eine mittelbare oder unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst voraus. Sogar eine unmittelbare Einwirkung auf den Wert einer Sache, z. B. die durch einen Bordellbetrieb begründete Wertsverminderung von Nachbarhäusern, ist keine Eigentumsverletzung. Haftung für fehlerhaftes Wägen auf einer Gemeindewage. (Klage ist abgewiesen.)

f) **RG.** HansGZ. **06** Beibl. 24 unter Verwerfung gegen das Urteil des OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 145 (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 5d). Kein Schadensersatzanspruch gegen die Polizeibehörde wegen der Entwertung von Grundstücken durch polizeiliche Duldung benachbarter Bordelle.

5. Verletzung des Vermögens im allgemeinen. (S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 7b.)

a) **RG. 62** 315, JW. **06** 136, DJZ. **06** 485. Eine Haftung aus schuldhaft fahrlässiger Vermögensbeschädigung außerhalb des Vertrages kennt das Recht des BGB. nicht. Die Bestimmung des § 823 Abs. 1 schützt nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht aber das Vermögen schlechthin, und § 823 Abs. 2 setzt die Verletzung eines besonderen Schutzgesetzes voraus. Wenn im gegebenen Falle dem Kläger ein Schaden dadurch entstanden ist, daß der Erblasser der Beklagten unachtsam die Bedingung übersehen hat, unter welcher der Kläger allein den Versicherungsvertrag abschließen wollte, und durch diese Unachtsamkeit wider seine Absicht den Kläger in eine falsche Sicherheit versetzte, so kann von der Haftung der Beklagten für diesen Schaden aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. nicht die Rede sein. (**RG. 51** 93.)

b) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 99. Ein Rechtssatz, daß man allgemein für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vermögensschaden hafte, ist dem BGB. fremd.

c) SächsRpflA. **06** 271 (Dresden). Das BGB. hat keinen allgemeinen Grundsatz, wonach auch außerhalb der Vertragsverhältnisse ein jeder für den Schaden einzustehen habe, der einem anderen aus einer von ihm begangenen Fahrlässigkeit erwächst.

d) Ebenso OLG. **12** 110, SeuffA. **61** 56 (Hamburg).

6. Sonstiges Recht. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 8.

a) α. **RG.** JW. **06** 164. Bereits **RG. 19** 353 ff. ist ausgeführt, daß die Verlegung von Verkehrswegen nicht ohne weiteres dem einen Entschädigungsanspruch nach § 75 Einl. z. ALR gibt, dessen Gewerbebetrieb auf das Bestehen eines bestimmten Verkehrswegs berechnet ist, und an dieser Auffassung hat auch

die spätere Rechtsprechung des RG. festgehalten. Zwar ist in zahlreichen anderen Entscheidungen des RG. dargelegt, daß der bereits eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ein Rechtsgut ist, dessen Verletzung nicht nur Anlaß zu negatorischer Abwehr bieten, sondern auch einen Anspruch auf Schadensersatz nach den §§ 823 ff. BGB. begründen kann (**RG. 58** 29); allein der Umstand, daß der bestehende Gewerbebetrieb ein Rechtsgut ist, das er nach jenen Richtungen Rechtsschutz genießt, rechtfertigt nicht, ihn als ein wohlerworbenes Recht anzusehen und dem § 75 zu unterstellen. Das **RG. 61** 10 ff. hat ausdrücklich ausgesprochen, daß auch der eingerichtete und bereits ausgeübte, lediglich auf Grund der Gewerbefreiheit unternommene Gewerbebetrieb nicht den Gegenstand eines wohlerworbenen Rechtes bildet. β. SächsRpflA. **06** 395 (Dresden). Nicht jede Störung oder Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs eines anderen stellt sich als rechtswidrige, unter § 823 Abs. 1 BGB. fallende Rechtsverletzung dar. Eine solche ist namentlich insoweit nicht anzunehmen, als der in Frage kommende Eingriff in Betätigung der dem Gegner seinerseits zustehenden gewerblichen Handlungsfreiheit und in den Grenzen erlaubter Konkurrenz erfolgt ist (vgl. **RG. 56** 275 ff.).

b) SchlHolstAnz. **06** 197 (Kiel). Der Besitz ist kein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1.

c) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 965. Zu den sonstigen Rechten gehören nicht schlechthin alle Vermögensrechte; es sind hierunter nur gewisse absolute, von jedermann zu beachtende Rechte, wie z. B. Besitz, öffentlich-rechtliche Befugnisse u. dgl. zu verstehen. Vgl. Beradt, Miete und Polizei 93 ff., 105, 110.

d) *Bahr 11, 16. Durch den unlauteren Wettbewerb wird ein Persönlichkeitsrecht, „die Kundschaft", verletzt. Dieses Persönlichkeitsrecht ist ein subjektives Recht. Es gehört zu dem sonstigen Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1.

e) Schutz des obligatorisch Berechtigten. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 8f, **3** Ziff. 7f, **2** Ziff. 6f, **1** Ziff. 8e.

α. ZVersWes. **06** 405 (LG. Hamburg). § 823 Abs. 1 bezieht sich nicht auf obligatorische Rechte.

RG. JW. **06** 743. Die Ausübung des ärztlichen Berufs fällt nicht unter den Begriff des sonstigen Rechtes.

R. **06** 1375 (Frankfurt). Die Verletzung eines obligatorischen Rechtes fällt der Regel nach nicht unter die Bestimmung des § 823 Abs. 1 BGB.

β. Breit, SeuffBl. **06** 589 ff., 596. Die sog. Kann-Rechte fallen unter § 823 Abs. 1. Schadensersatz bei Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung. S. o. zu § 130.

γ. **RG.** PrVerwBl. **27** 488 (s. o. zu § 618 Ziff. 1). Eine Lehrerin an einer öffentlichen Volksschule kann den Schaden, der ihr durch den ungesunden Zustand einer Dienstwohnung erwachsen ist, nicht nach § 823, sondern nur nach § 618 geltend machen. Es würde sich nur um Verletzung obligatorischer Verpflichtungen handeln. Die Rechtsfolgen solcher Rechtsverletzung finden ihre Regelung nicht in den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, sondern in den allgemeinen für Schuldverhältnisse maßgebenden und daneben den etwaigen besonderen für das betreffende Schuldverhältnis bestehenden Normen.

δ. *Hein, Verleitung zum Vertragsbruch 59—69. Das Forderungsrecht kann nur von dem Schuldner verletzt werden. Dieser sich aus der begrifflichen Natur des Forderungsrechts ergebende Satz gilt auch für das obligatorische Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Einbeziehung der Forderungsrechte unter die nach § 823 Abs. 1 BGB. geschützten Rechte ist deshalb ausgeschlossen.

ε. ZVersWes. **06** 300, 314 (LG. und OLG. Hamburg). Die Erfüllung der einem Aufsichtsratsmitgliede einer Aktiengesellschaft, an welcher der Kläger durch

den Besitz von Aktien beteiligt ist, obliegenden Verpflichtung zu gewissenhafter Überwachung des Geschäftsbetriebes in der Feststellung des sich aus der Aufstellung der jährlichen Bilanz ergebenden Geschäftsergebnisses ist kein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1. Obligatorische Rechte fallen hierunter überhaupt nicht. — Nur eine gegen den Kläger selbst begangene Rechtsverletzung, ein direkter schuldhafter Eingriff in ein dem Kläger persönlich zustehendes Recht würde eine Schadensersatzpflicht des Beklagten (Aufsichtsratsmitgliedes) gemäß § 823 Abs. 1 zu begründen geeignet sein; eine derartige Rechtsverletzung liegt aber nicht auch dann vor, wenn durch eine Vernachlässigung seiner Pflichten als Aufsichtsratsmitglied jemand der Gesellschaft unmittelbar und dem durch seinen Aktienbesitz an der Gesellschaft beteiligten Aktionär mittelbar einen Schaden zugefügt hat.

ζ. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 128, tritt für ein allgemeines Recht der Persönlichkeit ein, das durch Unterlassungsklage zu schützen ist.

7. Einzelne Fälle. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 9.

a) **RG.** JW. **06** 59. Wer es einem anderen gegenüber übernimmt, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit dritter Personen zu verletzen, macht sich einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 823 schuldig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, für die Erfüllung jener Obliegenheiten zu sorgen.

b) R. **06** 802 (Cassel). Wer auf seinem Hofe, der Kindern zugänglich ist und von ihnen zum Spielen benutzt wird, eine mit Kalk gefüllte Grube derartig unverdeckt und unverwahrt läßt, daß die Kinder an den Kalk gelangen und sich durch Bespritzen mit dem Kalk verletzen können, haftet für den daraus entstehenden Schaden aus § 823 Abs. 1, nicht aber aus § 823 Abs. 2 BGB.

c) SächsRpflA. **06** 102. Die Schadensersatzpflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte von einer Berufsgenossenschaft entschädigt wird.

d) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte. Vgl. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9c, **3** Ziff. 9c, **2** Ziff. 7c, **1** Ziff. 9d.

α. **RG.** R. **06** 299. Für das Maß der Sorgfalt, welche eine wegeunterhaltungspflichtige Gemeinde bei der Anlage und Unterhaltung der öffentlichen Wege in Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs aufzuwenden hat, ist die Bestimmung ausschlaggebend, der ein Weg dienen soll. Handelt es sich um eine Landstraße oder sonst um einen Fahrweg, der den allgemeinen großen Verkehr aufzunehmen bestimmt ist, so würde zu verlangen sein, daß dieser so eingerichtet ist, um auch dem minder vorsichtigen und dem unaufmerksamen wie dem kurzsichtigen und selbst trunkenen Passanten in der Regel die gefahrlose Benutzung zu gestatten, als Fahrweg auch von einem weniger geübten Wagenführer, mit denen für Karren- und Lastfuhrwerk gewöhnlicher Art zu rechnen ist, ohne Gefahr benutzt werden zu können. Selbstverständlich ist auch hier in bezug auf das Gefälle wie die Breite der Straße, auf die Bodenverhältnisse Rücksicht zu nehmen, nach denen die Anlage der Wege notwendig sich zu richten hat. Um eine solche Straße handelt es sich aber im gegebenen Falle nicht. Die Straße ist ein nur beschränktem Verkehr dienender Nebenweg, der nur von Ortskundigen und Ortseinwohnern zur Abkürzung benutzt wird. Für einen solchen Weg kann nicht dasselbe Maß von Aufwendungen hinsichtlich der Anlegung und Unterhaltung erfordert werden, wie für eine allgemeine Verkehrsstraße, und wer einen solchen Weg benutzt, muß die den Verhältnissen eines solchen Weges entsprechende Vorsicht anwenden. Die unterhaltungspflichtige Gemeinde aber darf erwarten, daß diese Vorsicht angewandt wird.

RG. JW. **06** 137. Das bloße Dulden der Benutzung eines Überwegs, welche ihre Veranlassung nicht in einer Verfügung der Stadtgemeinde, sondern in willkürlichen Handlungen der Passanten hat, reicht nicht aus, um eine privatrechtliche Verantwortlichkeit der Stadtgemeinde zu begründen.

β. **RG.** **62** 31. Die Eröffnung eines öffentlichen Verkehrs begründet die Pflicht zur Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in der Unterhaltung eines Weges. Vgl. **RG.** **53** 53, **54** 53, **55** 24.

γ. BayRpflZ. **06** 125 (Zweibrücken). An den Zustand der am Außenkreise einer Stadt gelegenen Fußpfade können nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie an die Straßenzüge der inneren Stadtteile. Ein solcher Pfad braucht nicht beleuchtet zu werden. Verlangt werden kann eine Unterhaltung des Pfades, vorausgesetzt, daß er ein öffentlicher ist, insoweit als die Stadtgemeinde auf ihm befindliche Bruchstellen, Löcher und sonstige Gefährdungen des Verkehrs zu beseitigen hat. Wer einen derartigen Pfad zum Gehen wählt, obwohl ihm eine Landstraße zur Benutzung steht, muß mit besonderer Vorsicht gehen.

RG. R. **06** 1437. Eine Gemeinde haftet aus § 823 Abs. 2 BGB., sofern sie den von ihr dem öffentlichen Verkehr übergebenen Weg pflichtwidrig nicht gesichert und nicht im Stande gehalten hat, wenn auch von einer Dorfgemeinde mit unerheblichem Verkehr nicht verlangt werden kann, daß sie die Straßen beleuchtet und jeden erhöhten Weg gegen Absturz schützt.

RG. FischersZ. **31** 249. Haftung der Stadtgemeinde für den verkehrssicheren Zustand der Straße. S. a. OLG. **12** 110 (Cassel).

δ. **RG.** R. **06** 1003. Bei Tiefbauarbeiten zu Kanalisationszwecken genügt die Aufstellung einer Sturmlaterne am Beginn der Aufgrabungen oder die Errichtung einer niedrigen Schranke keineswegs, um die Passanten vor der Gefahr des Hinabstürzens zu warnen bzw. zu bewahren. Es müssen derartige Aufgrabungen vielmehr durch Schranken in solcher Höhe abgesperrt sein, daß die Passanten erst nach Überwindung eines erheblichen Widerstandes hinabstürzen könnten.

ε. SeuffBl. **06** 299 (Stuttgart). Die zur Einfriedigung eines Ortssees angebrachten Schranken mögen in erster Linie die Bestimmung haben, dem Verkehr die Richtung zu weisen; daneben aber dienen sie auch dem Zwecke, Unfälle zu verhüten, die z. B. dadurch entstehen können, daß jemand bei Nacht von der Ortsstraße abkommt und in den See gerät. Von einer zu solchem Zwecke angebrachten Schranke muß eine gewisse Festigkeit, die Fähigkeit, einem leichteren Anprall standzuhalten, verlangt werden.

ζ. OLG. **12** 108 (Naumburg). An sich gehört die Reinigung und Abstumpfung der Bürgersteige zu den Pflichten der Gemeinde und deren Obliegenheiten, wenn sie nicht auf Grund besonderer Rechtstitel — als solche kommen insbesondere Ortsstatut und Observanz in Betracht — anderen Personen, insbesondere den Hauseigentümern auferlegt sind. Das Bestehen einer Observanz in diesem Sinne (OVG. **1** 265, **23** 379, **RG.** **52** 425), daß nämlich die Hausbesitzer schon von alters her in der Überzeugung, eine ihnen obliegende öffentlichrechtliche Pflicht der Allgemeinheit gegenüber zu erfüllen, im Winter bei Glätte den Raum vor ihrem Hause bis zum Fahrdamm mit abstumpfenden Mitteln bestreut haben, ist für N. angenommen.

η. SächsRpflA. **06** 250 (Dresden). In einem Park werden, wenn nicht ganz besondere Verhältnisse das erfordern, Wasserläufe und Teiche, Seen usw. nicht mit Schutzvorrichtungen abgesperrt. In dem Fehlen einer Schutzvorrichtung ist ein Verschulden nicht zu erblicken. Zum Nachtverkehr ist ein öffentlicher Park nicht bestimmt. Derartige Parks (wie z. B. der Große Garten in Dresden)

werden daher nachts nicht beleuchtet; Personen, die sie benutzen, tun dies auf eigene Gefahr und haben es sich selbst zuzuschreiben, falls sie zu Schaden kommen.

ϑ. RG. HansGZ. **06** Beibl. 125. Besteht keine Gefahr für das Publikum an der betreffenden Straße, so ist die Stadtgemeinde nicht verpflichtet, ein Geländer an der Stelle zum Schutze der die Straße passierenden Personen anzubringen. Aus dem Umstande, daß sie ein Geländer angebracht hat und das Publikum sich daran gewöhnt hat, folgt, wenn sie an sich dazu nicht verpflichtet war, noch keine Haftpflicht.

ι. R. **06** 748 (Kiel). Einer Chausseeverwaltung kann es nicht als Verschulden angerechnet werden, daß sie unterlassen hat, die Chaussee von einer in der Nähe befindlichen Mergelgrube abzugrenzen.

RheinA. **103** I 45 (Cöln). Haftung der Gemeinde als Polizeibehörde und als Eigentümerin für Verkehrssicherheit der öffentlichen Straße. (Klagabweisung.)

MecklZ. **24** 189 (Rostock). Fall, in welchem die Haftung einer Stadtgemeinde für einen Schaden nicht als gegeben angenommen wurde.

JW. **06** 339. Wenn die beklagte Stadtgemeinde in den Straßen der Stadt eine Starkstromleitung einrichtete, so erwuchs ihr daraus für den Verkehr die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß keine Beschädigung durch Berührung von Personen mit der Leitung eintrete. Die fahrlässige Verletzung dieser Pflicht ist als unerlaubte Handlung anzusprechen.

ϰ. RG. R. **06** 299. Die bayerische Distriktsgemeinde haftet für ein Verschulden nach § 823 (Unterhaltung der Distriktsstraße), ohne daß Kläger den Beamten bezeichnen muß, dem eine Pflichtverletzung zur Last fällt, wenn der Sachverhalt die Annahme begründet, daß ein verfassungsmäßiger Vertreter die erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat.

λ. RG. R. **06** 683. Wer durch seine gewerbliche Tätigkeit auf einer an seinem Grundstücke vorbeiführenden öffentlichen Straße ein dem Verkehr gefährliches Wegehindernis veranlaßt, wird, auch wenn den Anliegern der Straße im allgemeinen eine Reinigungspflicht nicht obliegt, für den Schaden verantwortlich, welcher einem Dritten durch das Bestehenlassen des Hindernisses entstanden ist.

μ. RG. EisenbE. **22** 241, FischersZ. **31** 242. Die Eisenbahnverwaltung hat die für den Betrieb auf einer öffentlichen Straße notwendigen Sicherheitsmaßregeln zu treffen.

e) Haftung der Gastwirte, Vermieter, Hauseigentümer. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9d, **3** Ziff. 9d, **2** Ziff. 7c γ u. d, **1** Ziff. 9e.

α. WürttJ. **17** 297 (Stuttgart). Fall, in welchem der Inhaber einer Wirtschaft für einen dem Gaste auf dem Hofraum zugestoßenen Unfall als nicht haftbar angesehen wurde.

R. **06** 683 (Colmar). Ein Wirt haftet seinem Gaste für die Folgen eines Unfalls, der ihm auf dem Wege von der Wirtsstube nach dem Abort durch Fall über einen vor der Tür der ersteren liegenden schadhaften Fußkratzer zugestoßen ist.

β. OLG. **12** 107 (Naumburg). Beklagter war als Eigentümer nicht verpflichtet, für die Sicherheit des Verkehrs der Milchkunden seines Mieters auf dem Hofe zu sorgen. Eine solche Verpflichtung würde nur dann bestanden haben, wenn er jenen Verkehr eröffnet und das Grundstück dazu bestimmt hätte; das bloße Dulden solchen Verkehrs begründete eine solche Verpflichtung für ihn noch nicht, er konnte vielmehr ohne Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen seinen Mietern überlassen, wenn diese den Verkehr eröffnet hatten (vgl. RG. **54** 58, **58** 333). — Nun ist das Grundstück vom Beklagten allerdings in der Hauptsache zum Geschäftsverkehr bestimmt worden, indem er selbst eine Gastwirtschaft darin betreibt und verschiedene Räume an Geschäftsleute, insbesondere auch an den Milchhändler R. zum Betriebe

offener, dem Publikum zugänglicher Geschäfte vermietet hat. Daß diese Bestimmung sich aber auch auf den Hof und die Hoftüre bezogen hätte, muß nach der Sachlage verneint werden, da den Hauptzugang auch zu den R.schen Räumen die Haustüre, der vordere und hintere Hausflur und die beide verbindende, hinreichend geschützte Rampe bildeten. Es mag sein, daß die von der Klägerin benannten Zeugen aus Bequemlichkeit den Weg über den Hof gewählt haben, wenn sie von R. Milch holten, und daß für diese Personen dieser Weg der gewöhnliche war, Beklagter dies auch gewußt und geduldet hat. Es steht aber fest, daß andere Kunden den Hausflur benutzt haben, und Beklagter keineswegs diesen normalen Zugang verboten hat. Es mag auch sein, daß jener teilweise Hofverkehr auch abends nach Dunkelwerden stattgefunden hat. Aus der Duldung der Benutzung des Hofzugangs folgt aber nicht, daß Beklagter diesen Zugang für den Kundenverkehr bei R. bestimmt hätte.

RG. JW. **06** 351. Der Inhaber eines Geschäftshauses hat für die Sicherheit der darin Verkehrenden, der Wirt eines Konzert- und Vergnügungslokals für diejenige der es besuchenden wie der darin beschäftigen Personen Sorge zu tragen.

γ. **RG.** JW. **06** 110. Befindet sich in einem Hausflur eine einzelne Stufe, so ist der Hauseigentümer verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen einzurichten, um die Sicherheit des Verkehrs zu gewährleisten. Der Hauseigentümer ist im gegebenen Falle als verpflichtet angesehen worden, nicht erst mit dem Eintritt der Dunkelheit, sondern schon bei Einbruch der Dämmerung den Hausflur zu beleuchten. Vgl. **RG.** DJZ. **06** 1261.

RG. JW. **06** 546. Haftung des Hauseigentümers wegen des Zustandes einer Stufe beim Sturze eines Hausbesuchers von der Treppe. Die vom Hauseigentümer hinsichtlich der Untersuchung des Zustandes des Miethauses anzuwendende Sorgfalt erheischt nach der Anschauung des Verkehrs nicht, daß der Eigentümer jedes Brett und jeden Stein im Innern des Hauses darauf untersucht, ob sie noch fest gefügt sind. Er darf darauf vertrauen, daß Mängel, die sich dem Auge nicht darbieten, durch die Mieter, sobald sie ihrer inne werden, zu seiner Kenntnis gelangen.

δ. OLG. **12** 107 (Dresden). Der Beklagte hatte dafür zu sorgen, daß die im Hause verkehrenden Personen nicht durch die Beschaffenheit des Treppenfensters gefährdet wurden. Die mangelhafte Befestigung des oberen Stabes machte das fragliche Fenster sogar für Erwachsene, um so mehr für Kinder gefährlich. Der Beklagte war daher verpflichtet, den lockeren Stab entweder ganz zu entfernen oder völlig sicher im Fenstergewände befestigen zu lassen. Die Nichtbeseitigung des gefährdenden Zustandes der mangelhaften Befestigung (infolgedessen das zum Fenster heraussehende Kind des Klägers in den Hof gestürzt ist) kann ihm allerdings nur dann zum Verschulden angerechnet werden, wenn er diesen Zustand gekannt hat. Denn ein derartiger verhältnismäßig kleiner Defekt kann einem Hausbesitzer selbst dann, wenn er sein Grundstück von Zeit zu Zeit auf das Vorhandensein solcher Defekte hin untersucht oder untersuchen läßt, leicht entgehen. Das ist zumal hier anzunehmen, da die Lockerheit des Stabes dem Treppenpassanten bei geschlossenem Fenster nicht bemerkbar war.

RG. JW. **06** 738. Auch wenn man zugeben wollte, daß der Hauseigentümer das versehentliche Betreten eines dunkeln und gefährlichen Raumes, der unverschlossen und nicht abseits gelegen ist, durch fremde Personen in Rechnung zu ziehen habe, so kann ihm die Unterlassung der Sicherung eines solchen Raumes doch dann nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden, wenn er ihn vermietet hat und des Glaubens sein darf, daß der Mieter die nötige Schutzvorkehrung treffen werde.

RG. PrVerwBl. **27** 629. Der Hauseigentümer hat für einen ordnungsmäßigen Zustand des Zuganges zum Hause zu sorgen. Er genügt seiner Verpflichtung nicht, wenn er die Sorge für den Zustand einem Pförtner überläßt, er hat für den ordentlichen Zustand zu sorgen und muß damit eine fachkundige Person betrauen.

ε. **RG.** JW. **06** 59. Der frühere Eigentümer, welcher im Hause wohnte, hatte dem neuen Eigentümer gegenüber bis zu dessen Einzug die Hausverwaltung übernommen. Einzelne mit dieser Verwaltung verbundenen Mühewaltungen hatte er seiner Frau überlassen. Diese war dann seine Gehilfin, deren er sich für die betreffenden Zweige der Hausverwaltung bediente, und es trifft ihn deshalb die Verantwortlichkeit für das, was seine Frau getan und unterlassen hat, nach Maßgabe von § 831 BGB., insbesondere kann ihn der Umstand, daß es seine Ehefrau war, der er die Aufsicht im Hause überließ, von dem Entlastungsbeweise, daß seine Frau eine hierzu geeignete Persönlichkeit gewesen sei, in keiner Weise entheben.

R. **06** 560 (Colmar). Der Vermieter, der bei Dunkelheit und Frostwetter den Weg von dem vor seinem Hause stehenden Brunnen nach der Haustür weder beleuchtet, noch bestreut, ist dem Mieter für den ihm durch Ausgleiten auf einer mit einer Eiskruste bedeckten Stelle dieses Weges entstandenen Schaden verantwortlich.

RG. R. **06** 181. Die Verpflichtung einer Straßenreinigungsgesellschaft, das Maß der von ihr anzuwendenden Sorgfalt, ist unter Zugrundelegung der Anforderungen zu beurteilen, die nach der Polizeiverordnung an den Hausbesitzer selbst zu stellen sind.

ζ. Haftung des Justizfiskus. (JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9d ζ.) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 361. Dem Landgerichtspräsidenten und dem Ersten Staatsanwalt kann nicht zugemutet werden, daß sie die Einrichtung des Gerichtsgebäudes in allen ihren Teilen jederzeit selbst überwachen und persönlich auf etwaige Mängel untersuchen sollen. Sie dürfen, wofern die entsprechenden dienstlichen Anordnungen getroffen sind, im allgemeinen darauf vertrauen, daß in dieser Beziehung von den mit der Bewachung und Beaufsichtigung besonders beauftragten Unterbeamten rechtzeitig die erforderlichen Maßregeln ergriffen oder in Anregung gebracht würden. Bei einem länger dauernden fehlerhaften und gefährlichen Zustande wird regelmäßig schon dieser Tatbestand den Schluß rechtfertigen, daß der Grundstückseigentümer, insbes. die verfassungsmäßig berufenen Vertreter einer jur. Person, ihre Pflicht hinsichtlich der Fürsorge, der Aufsicht oder Kontrolle vernachlässigt haben, indem sie jenen Zustand, der ihnen bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht entgehen konnte, geduldet bzw. belassen haben.

f) Streupflicht. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. e, **3** Ziff. 9e, **2** Ziff. 7e, **1** Ziff. 9f.

α. **RG.** ElsLothJZ. **06** 326. Der Hauseigentümer, dem die Pflicht zur Bestreuung des Bürgersteiges bei eintretender Glätte obliegt, kann sich nicht unter allen Umständen durch den bloßen Nachweis der Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der Auswahl der zum Streuen bei Glätte bestellten Person allein befreien; er hat nach den Umständen auch eine Pflicht zur Kontrolle, um sich gegen den Vorwurf einer Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu sichern. Inwieweit eine solche Pflicht zur Kontrolle geboten erscheint, ist nach den konkreten Umständen zu entscheiden. Vgl. BayRpflZ. **06** 62.

β. OLG. **12** 109 (Braunschweig). Um in Fällen vorliegender Art ein Verschulden des Hauseigentümers, der nicht gestreut hat, anzunehmen, genügt die Feststellung, daß zur Zeit des Unfalls Glatteis bestanden hat. Zu welcher Zeit es entstand, und ob sein Vorhandensein dem Streupflichtigen bekannt war, ist

für den Schuldbeweis gleichgültig. Denn die Verpflichtung, bei Glatteis zu streuen, schließt, weil notwendig, die Verpflichtung in sich, sich durch pflichtgemäße Beobachtung der Witterungsverhältnisse von dem Vorhandensein von Glatteis Kenntnis zu verschaffen. Hat der Eigentümer zu einer Zeit, zu welcher Glatteis herrschte, nicht gestreut, so ergibt sich sein Verschulden ohne weiteres aus den Umständen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, daß trotz des Vorhandenseins von Glatteis unter besonderen Umständen das Nichtstreuen nicht als schuldhaftes Unterlassen anzusehen ist, besonders, wenn die Naturerscheinung so plötzlich hereinbricht, daß nach verständiger Auslegung der Schutzvorschrift dem Streupflichtigen Zeit und Gelegenheit zu streuen nicht zu Gebote stand. Allein, wenn trotz des Vorhandenseins von Glatteis das Verschulden bestritten werden soll, so hat, wer diesen rechtsverneinenden Einwand vorbringt, die zu dessen Begründung nötigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen. Die Ansicht, welche die verschuldete Unkenntnis der Zeit der Entstehung des Glatteises als einen klagebegründenden, vom Kläger zu beweisenden besonderen Tatumstand hinstellt, ist unhaltbar, und würde den Erfolg derartiger Klagen in Frage stellen.

γ. SächsOLG. 27 150 (Dresden). Eine Streupflicht besteht nur dann, wenn die Witterung dies nötig erscheinen läßt. Nötig ist es dann nicht, wenn der damit bezweckte Erfolg nicht erreicht werden kann. Ein solcher Fall liegt vor, wenn die gefährliche Glätte durch den herabfallenden Schnee erst herbeigeführt wird und der Schneefall fortdauert. Denn das abstumpfende Material (Sand, Asche, Sägespäne) würde bei nur einigermaßen starkem Schneetreiben sofort mit einer neuen Schneedecke überzogen werden, die die gleiche Gefahr wieder erzeugt. Hiernach muß dem Streupflichtigen beim Aufhören des Schneefalls verständigerweise Zeit zur Prüfung und Überlegung bleiben, ob er mit dem Streuen zu beginnen habe oder noch warten dürfe. Er darf damit noch warten, wenn etwa anzunehmen ist, daß das Schneetreiben sofort wieder einsetzen werde. Er wird zu streuen haben, wenn der Schneefall anscheinend vorüber ist und der gefallene Schnee nach seiner Beschaffenheit und Menge das Streuen als ein die gefährliche Glätte beseitigendes Mittel erscheinen läßt. Liegt der Schnee hoch und locker, so ist Streuen überhaupt nicht am Platze, dann muß der Schnee erst beseitigt oder festgetreten werden, ehe eine Abstumpfung durch Bestreuen in Frage kommen kann. Wenn es aber feststeht, daß gestreut werden muß, so erfordern doch die Vorbereitungen dazu immerhin einige Zeit. Von einer schuldhaften, die Schadensersatzpflicht mit sich bringenden Verletzung der Streupflicht läßt sich deshalb erst dann sprechen, wenn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Streuen früher hätte vollendet sein müssen. Der Umstand, daß die Fußbahn vor einem Hause eine gefährliche Glätte aufzuweisen gehabt hat, infolge deren jemand zu Fall gekommen ist, beweist daher an und für sich noch nichts für ein Verschulden des Streupflichtigen. Denn wenn eine Straße oder der für den Verkehr bestimmte Teil einer solchen infolge eines mehr oder weniger plötzlich eintretenden Naturereignisses, wie Frost, Glatteis, Schneefall, eine für den Verkehr gefahrdrohende Beschaffenheit annimmt, so muß notwendigerweise bis zur Wiederbeseitigung dieser Gefahr auch bei Anwendung der größtmöglichen Sorgfalt ein gewisser Zeitraum vergehen, während dessen die Gefahr fortbesteht, ohne daß ihre Vertretung einem Dritten, insbes. dem Streupflichtigen zur Last fällt. In dieser unvermeidlichen Zwischenzeit trägt sie und muß sie tragen, wer ihr erliegt.

OLG. 12 109 (Naumburg). Auf der Treppe herrschte zur Unfallzeit Glatteis, das durch die Mittagswärme in Verbindung mit den danach bei Kälte erfolgten feuchten Niederschlägen herbeigeführt ist. Alsdann aber erheischte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt von der Beklagten ein Bestreuen der Treppe, um die

Glätte zu beseitigen (**RG. 54** 59 Abs. 2), und die Unterlassung des Streuens stellt ein Verschulden dar.

RG. R. **06** 683. Ein von einer Stadtgemeinde zu vertretendes Verschulden ist anzunehmen, wenn ihre Vertreter es unterlassen haben, für die Beseitigung der durch eine Vereisung einer Straße verursachten Verkehrsgefahr zu sorgen; die Stadtgemeinde wird auch durch eine den Anliegern obliegende Streupflicht von ihrer Verantwortlichkeit nicht befreit.

R. **06** 684 (Stettin). Bei Prüfung der Frage, ob die durch Polizeiverordnung geregelte Verpflichtung zum Bestreuen des Bürgersteiges schuldvoll verletzt ist, muß dem Verpflichteten, falls die Glätte im Laufe des Tages eintritt, immer eine geraume Zeit gelassen werden, um seiner Verpflichtung nachzukommen.

δ. **RG.** JW. **06** 711. Die Beaufsichtigung der Streupflicht seitens der Verpflichteten liegt der Polizeiverwaltung, nicht der Gemeinde ob.

g) Haftpflicht der Notare. Vgl. u. zu § 839 Ziff. 7a.

h) Posthaftpflicht. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9g, **3** Ziff. 9g.

Scholz, DJZ. **06** 198, verneint im Gegensatze zu Frankenburger, DJZ. **05** 947 (JDR. **4** § 823 Ziff. 9g) die Frage, ob die Post für den durch ungültige Zustellung entstandenen Schaden haftet.

i) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9h.

RG. JW. **06** 547, DVersZ. **2** 199. Eine allgemeine Aufsicht über den Betrieb des Unternehmens liegt den Vertretern der Aktiengesellschaft ob, und wenn unter deren Augen ein Mißbrauch einreißt, so haftet die Gesellschaft wegen eigenen Verschuldens ihrer Vertreter nach § 823. Die einzelne Versäumung einer Verpflichtung durch einen Angestellten begründet eine Haftung nur nach § 831.

RG. BayRpflZ. **06** 272. Haftung des Eigentümers des vertieften Grundstücks für Vertiefungsarbeiten. Der Beweis des Verschuldens kann trotz Überlassung der Arbeiten an sonst zuverlässige Leute dann geführt sein, wenn der Eigentümer wegen der sich zeigenden Schäden rechtzeitig gewarnt worden war. Vgl. **RG.** SeuffA. **61** 59.

RG. R. **06** 1376. Das Vorhandensein von Mängeln an Anlagen, die jahrelang bestanden haben, ist nicht zum Verschulden anzurechnen, wenn in der ganzen Zeit keine auf eine Verkehrsgefährdung hinweisende Anzeichen hervorgetreten sind, auch wenn die Mängel dem Beklagten bekannt waren.

R. **06** 560 (Colmar). Weder durch die Genehmigung, die die Aufsichtsbehörde einem Hüttenbesitzer zur Einleitung der Hüttenabwässer in einen Wasserlauf erteilt hat, noch dadurch, daß er diese Abwässer in einer den Vorschriften der Aufsichtsbehörde entsprechenden Weise behandelt, wird seine Schadensersatzpflicht gegenüber einem durch diese Abwässer geschädigten Dritten ausgeschlossen.

HessRspr. **7** 98 (LG. Mainz). Explosion einer Pulverfabrik. Ausschluß der Haftung nach § 823 mangels Nachweises eines Verschuldens.

k) Schadensersatz aus Vollstreckungshandlungen. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9k.

α. **RG. 61** 430. Für die Verpflichtung zum Schadensersatze, die aus einer ungerechtfertigten Pfändung hergeleitet wird, sind nicht die §§ 987—993, sondern die allgemeinen Normen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen maßgebend. Es handelt sich nicht um die Frage, ob der Pfändungsgläubiger redlicher oder unredlicher Besitzer war, sondern darum, ob der Gläubiger, indem er pfänden ließ und die Pfändung aufrecht erhielt, vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum des Dritten widerrechtlich verletzte.

β. **RG.** JW. **06** 89, SeuffA. **61** 210. Der Widerspruchskläger (§ 771 ZPO.) haftet für den durch Einstellung der Zwangsvollstreckung an der Pfandsache ent-

stehenden Schaden nur gemäß § 823 BGB., also nur dann, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

l) Arglistige Täuschung. S. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9i, **3** Ziff. 9i u. § 826 Ziff. 15e.

α. R. **06** 1195 (Frankfurt). Auch ein Recht auf Schadensersatz hat der Betrogene nach den §§ 823, 826 BGB. Er geht derselben nicht dadurch verlustig, daß er es unterläßt, den Vertrag wegen Betrugs anzufechten oder daß er nachträglich von der Anfechtung wieder Abstand nimmt und beim Vertrage stehen bleibt.

β. **RG. 63** 110, JW. **06** 330. Der Betrogene kann beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz nach §§ 823, 826 fordern. Vgl. o. zu § 463.

Ebenso **RG. 63** 268, JW. **06** 379. Will der Betrogene den Vertrag aufheben, so kann er nur nach § 124 anfechten. § 124 schränkt den § 826 ein.

γ. **RG.** BayRpflZ. **06** 188. Kann der ganze Vertrag wegen Täuschung nicht angefochten werden, so kann doch Schadensersatz wegen einer einzelnen betrügerisch veranlaßten Vertragsbestimmung verlangt werden.

δ. **RG.** JW. **06** 464, DJZ. **06** 1093, BankA. **5** 251. Die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind Dritten, welche im Vertrauen auf die Richtigkeit der veröffentlichten Bilanzen Aktionäre der Gesellschaft geworden sind, zum Ersatze des erlittenen Schadens nicht verpflichtet, wenngleich ihnen der Gesellschaft gegenüber fahrlässige Vernachlässigung ihrer Überwachungspflicht zur Last fällt; JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9i β, **2** Ziff. 7k.

R. **06** 244 (Dresden). Der Zeichner oder der Käufer von Aktien kann nicht die Zeichnung wegen Willensmängel anfechten oder Schadensersatz von der Aktiengesellschaft verlangen.

m) Bendix, SeuffBl. **06** 1 ff. (vgl. o. § 676 Ziff. 1a). Die Haftung des Raterteilers kann sich außer aus einem Vertragsverhältnis auch aus einer unerlaubten Handlung ergeben. In Betracht kommen die Fälle der §§ 823, 824, 826, 839. Diese Tatbestände decken alle Fälle doloser Rechtsverletzung. Eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit bei Raterteilung außerhalb eines Kontrakts läßt sich aus den gesetzlichen Vorschriften nicht entnehmen. Sie kann aus §§ 839, 824 und unter Umständen aus § 823 Abs. 1 hergeleitet werden.

n) OLG. **12** 421, SächsRpflA. **06** 269, R. **06** 1079 (Dresden) s. u. § 826 Ziff. 15d. In der Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses gemäß § 73 HGB. liegt nicht nur die Verletzung einer Vertragspflicht gegen den Empfänger, sondern zugleich eine unerlaubte Handlung gegen den, der im Vertrauen auf das Zeugnis mit dem Empfänger einen Anstellungsvertrag abschließt; der Aussteller des unrichtigen Zeugnisses macht sich daher dem neuen Prinzipal schadensersatzpflichtig.

o) Haftung wegen unterlassenen Klebens von Invaliditätsversicherungsmarken s. u. Abs. 2 Ziff. 3i. Vgl. auch o. zu § 254 Ziff. 10f u. § 611 Ziff. 5d.

α. Brückner. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Markenverwendung als Bestandteil des Dienstvertrags geht aus dem Gesetze nicht hervor; der vom Arbeiter erhobene Schadensersatzanspruch wegen Nichtverwendung von Marken ist im einzelnen Falle tatsächlich zu begründen. — Vgl. **RG. 63** 53, JW. **06** 317. — Die Nichtentrichtung der Beiträge seitens des Arbeitgebers ist auch keine unerlaubte Handlung weder im Sinne des § 823 Abs. 1, da keines der dort aufgeführten Rechte verletzt ist, noch i. S. des Abs. 2, da die Vorschriften §§ 140, 141 i. V. mit § 176 InvVG. keine Schutzgesetze sind. Der in der Beitragsentrichtung und im Markenkleben säumige Arbeitgeber ist nur dann, wenn er sich dem versicherten Arbeiter zu diesen Verrichtungen mittels besonderer Abrede ausdrücklich oder still-

schweigend verpflichtet hat, zum Schadensersatze verpflichtet. Auch in diesen Fällen wird die Entschädigungspflicht nur in beschränktem Maße Platz greifen, weil meist ein mitwirkendes Verschulden des Versicherten hervortreten wird.

β. *Brunn. Ansprüche auf Ersatz des Schadens, der dem Arbeitnehmer durch Nichtverwendung von Beitragsmarken zur Invalidenversicherung seitens des Arbeitgebers erwachsen ist, können nicht auf den Dienst- oder Werkvertrag, sondern nur auf § 823 BGB. gestützt werden. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. kommen die Vorschriften des alten Rechtes zur Anwendung. Unbeachtlich ist, daß das bis zum 1. 1. 00 in Geltung gewesene Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz die Nachbringung von Beitragsmarken im Gegensatz zu dem Invalidenversicherungsgesetz für unbeschränkte Zeit zuließ. Die Vorschriften des § 278 BGB. über die Haftung für Verschulden des Vertreters und des § 254 BGB. über konkurrierendes Verschulden des Arbeitnehmers sind anwendbar. Wessen Verschulden überwiegt, das des Arbeitgebers oder das des Arbeitnehmers, ist Tatfrage. — Der Schadensersatzanspruch aus § 823 ist auch dann gegeben, wenn Marken zu niedriger Lohnklasse verwendet sind und wenn infolge der Unterlassung zwar nicht ein Rentenanspruch, aber ein Beitragserstattungsanspruch (§§ 42—44 InvVG.) unbegründet ist.

γ. *Freymuth, Haftet der Arbeitgeber dem Arbeiter für verabsäumtes Markenkleben? ArbVers. **06** 693—703 Nr. 33. Die Frage wird — entgegen der im ganzen ablehnenden Haltung des RG. — bejaht, indem ausgeführt wird, daß die §§ 140, 141, 142 InvVG. sich als „Schutzgesetz" i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. darstellen.

δ. *B. Hilse, Ann. f. Gew. u. Bauwes. **59** 139, erörtert die Streitfrage, ob und inwieweit der Arbeitgeber wegen Nichterfüllens der Klebepflicht dem Versicherten Ersatz der dadurch ihm verursachten Vermögensnachteile zu leisten hat, und gelangt auf Grund der Spruchübung des Reichsgerichts zu der Schlußfolgerung, daß ein Entschädigungsanspruch des Arbeitgebers zwar besteht, derselbe jedoch einen Teil des erlittenen Schadens selbst zu tragen hat, weil ihm ein Mitverschulden daraus zur Last fällt, daß er die ihm obliegende Kontrolle der Markenverwendung unterließ.

*B. Hilse, PrVolksschulA. **06** 187. Auf das Verhältnis des Fiskus bzw. der Gemeinde gegenüber ihren Beamten finden zufolge des Urt. d. RG. v. 6. 11. 03 die Rechtsregeln des Dienstvertrags Anwendung. Dienstverpflichtete, welchen ein Anspruch auf Pension oder Wartegeld nicht zusteht, sind gegen Alter und Invalidität zu versichern. Diese Pflicht haben auch jene ihren noch nicht festangestellten, vielmehr bloß zeitweilig vertretungsweise beschäftigten Lehrkräften gegenüber zu erfüllen, und haften denselben für die aus der unterlassenen Klebepflicht ihnen erwachsenden Vermögensnachteilen.

ε. **RG.** RheinA. **102** II 17. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschaffung der Marken für seine Arbeiter ist eine öffentlich-rechtliche dem Staate gegenüber, nicht aber eine privatrechtliche dem Arbeiter gegenüber. Ein Schadensersatzanspruch wegen des Nichteinklebens dieser Marken gegen den Arbeitgeber kann daher nicht auf das Invalidenversicherungsgesetz selbst mit Erfolg gegründet werden. Haftung aus Art. 1382 Code civil unter Umständen gegeben.

ζ. HansGZ. **06** Beibl. 7 (Hamburg). Ein Schadensersatzanspruch wegen entgangener Invalidenrente infolge Unterlassung der Entrichtung von Beiträgen kann auf das InvVG. nicht gestützt werden, da sie öffentlich-rechtlicher Natur ist.

p) **RG.** JW. **06** 164. Keine Haftung für Auswahl des Platzes einer Ausstellung angenommen.

q) SeuffBl. **06** 530 (BayObLG.). Schadensersatzanspruch der Wasserbenutzungsberechtigten wegen unbefugt und schuldhaft bewirkter Immissionen.

r) HansGZ. **06** Beibl. 108 (Hamburg). Der Beklagte hatte mit der Ehefrau des Klägers Ehebruch getrieben. Als der Mann dies entdeckte, ist er infolge der Aufregung schwer krank und arbeitsunfähig geworden. Seiner Klage gegen den Ehebrecher ist auf Grund des § 823 Abs. 2 stattgegeben worden, da der Kausalzusammenhang zwischen dem ehebrecherischen Verhalten des Beklagten und der Krankheit erwiesen ist.

s) α. BadRpr. **06** 266, PuckeltsZ. **06** 482 (Karlsruhe). Ein Wirt ist nicht verpflichtet, dafür zu sorgen, daß bei ihm verkehrende erwachsene Leute nicht mehr an geistige Getränken zu sich nehmen, als sie vertragen können.

β. NaumburgAK. **06** 32 (LG. Magdeburg). Die Schadensersatzpflicht des Gesindes ist nach § 823 zu beurteilen. Der Anspruch auf Schadensersatz kann gegen die Lohnforderung aufgerechnet werden.

γ. SchlHolstAnz. **06** 209 (Kiel). Über Haftung des Stallwirts für das bei ihm eingestellte Fuhrwerk s. o. § 701 Ziff. 4. Vgl. SchlHolstAnz. **06** 200 (Kiel).

t) HansGZ. **06** Beibl. 193 (Hamburg). Haftung für Beschädigung des Straßenpflasters durch einen zu schweren Wagentransport.

u) BadRpr. **06** 18 (Karlsruhe). Haftung für die durch Abbrennen eines Feuerwerks fahrlässig bewirkte Tötung eines Menschen. **RG.** DJZ. **06** 1261.

v) HansGZ. **06** Beibl. 21 ff. (Hamburg). Der Theaterdirektor hat gegenüber allen Personen, welche befugterweise die Bühne betreten, die Pflicht, für eine solche Beschaffenheit des Bühnenraumes zu sorgen, daß Leben, Körper und Gesundheit nicht gefährdet werden.

w) α) HansGZ. **06** Hptbl. 21 (Hamburg). Der Eigentümer eines Flosses haftet auf Grund des § 22 des Ges. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei weiter als nach § 823.

β. RheinA. **103** I 49 (Cöln). Haftung des Schiffers für unerlaubte Handlungen.

x) Haftung des Kutschers; des Wagenbesitzers.

α. **RG.** JW. **06** 465, EisenbE. **23** 75. Haftung eines Kutschers, der eine auf einen Wagen der Straßenbahn aufsteigende Person bei Unterlassung eines Warnungsrufs überfährt. Es ist eine durch die Verkehrsverhältnisse ohne weiteres gegebene Pflicht der Lenker von Fuhrwerken, daß sie, wenn sie sich der Haltestelle einer Straßenbahn zu einer Zeit nähern, wo Straßenbahnwagen dort halten und Menschen aus- und einsteigen, hierauf Rücksicht nehmen müssen; sie müssen dann, wenn die Sicherheit der Personen es erfordert, ganz langsam fahren, nötigenfalls auch das Fuhrwerk zum Stehen bringen und warten, bis das Weiterfahren ohne Gefahr möglich ist; und diejenigen Personen, welche aus der Straßenbahn aussteigen und in diese einsteigen wollen, dürfen darauf rechnen, daß die Geschirrführer diese selbstverständliche Vorsicht nicht außer acht lassen.

β. R. **06** 933 (Stuttgart). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet, daß der, welcher einen anderen auffordert, in seinem Fuhrwerk Platz zu nehmen, dafür sorgt, daß der andere nicht infolge der Benutzung des Fuhrwerks zu Schaden kommt. Diese Verpflichtung folgt — gleichviel ob eine vertragsmäßige Verbindlichkeit zur Beförderung des anderen besteht oder nicht — schon aus dem rein tatsächlichen Umstande, daß er durch seine Aufforderung die Möglichkeit der Gefährdung des anderen herbeiführt. Weiteres Material vgl. o. zu § 254 Ziff. 10b.

y) WürttJ. **17** 16 (Stuttgart). Fahrlässigkeit beim Bergschlittenfahren. Der Schlittenfahrer muß dafür Sorge tragen, daß er den Schlitten in der Gewalt behält.

z) HansGZ. **06** Beibl. 220 (Hamburg). Haftung des unredlichen Besitzers; vgl. zu § 992.

aa) OLG. **12** 104 (KG.). Schadensersatz wegen Vereitelung einer Heirat.

bb) SchlHolstAnz. **06** 184 (Kiel). Haftung aus § 823 wegen Fahrlässigkeit bei Ausübung der Jagd. Losgehen eines Gewehres.

cc) HansGZ. **06** Beibl 191 (Hamburg). Ersatz für unbefugtes Wegschießen von Hasen.

dd) **RG.** BayRpflZ. **06** 341. Haftung des Motorfahrers, der einen auf die Rennbahn nicht gehörenden Radfahrer überfährt. Der Motorfahrer hat für Entfernung dieses Radfahrers zu sorgen. Eigenes Verschulden des Verletzten.

ee) Haftung für Kraftfahrzeuge. Vgl. JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9 bb.

α. *Olshausen, DJZ. **06** 346 ff. Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über die Haftpflicht für den beim Betriebe von Kraftfahrzeugen entstehenden Schaden, welches diese Haftpflicht nach dem Vorbilde der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer regelt, sie aber auf Sachschäden ausdehnt, entspricht im wesentlichen den berechtigten Erwartungen, indem die Grundlage, auf der er sich aufbaut, wie die große Mehrzahl der einzelnen Bestimmungen Billigung verdienen und angenommen werden darf, daß er nicht nur in der Richtung des Ausgleichs von Schäden wirken, sondern auch zur Vorsicht mahnen und der Entstehung von Schäden vielfach vorbeugen wird. Eine weitere sorgfältige Prüfung ist aber geboten bezüglich der im Entwurfe vorgeschlagenen Ausnahmen von der Anwendung des Gesetzes; es kann mit Rücksicht auf die Benutzung von Kraftwagen für den öffentlichen Verkehr nicht gebilligt werden, daß das Gesetz keine Anwendung finden soll, wenn der Verletzte oder die beschädigte Sache zur Zeit des Unfalls in dem Fahrzeuge befördert wurden, und ebenso erscheint die Nichtanwendung des Gesetzes auf die Fahrzeuge, deren Höchstgeschwindigkeit 15 km in der Stunde nicht übersteigt, nicht gerechtfertigt.

Eger, Kritik des Entwurfs eines Gesetzes über die Automobilhaftpflicht, R. **06** 352.

β. **RG.** JW. **06** 681, DJZ. **06** 1318. Von dem Automobilfahrer ist besonders große Aufmerksamkeit und Vorsicht zu erfordern.

ff) Unfallversicherung. *Gerkrath. Verf. definiert den Unfall im Sinne des Versicherungsrechts als einen zufälligen Vorgang, bei welchem der Versicherte durch ein plötzliches, von außen, mit mechanischer Gewalt auf ihn wirkendes Ereignis eine Körperbeschädigung erleidet. Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen wird folgendes ausgeführt: Der Begriff der Zufälligkeit ist ganz allgemein im Versicherungsrechte derjenige, bei welchem zufällig ist, was wider die übliche Voraussicht (des Einzelfalls) und unabhängig vom Willen des Bedrohten eintritt. Der Begriff „zufällig" geht also weiter als „nicht vorsätzlich herbeigeführt". In Anwendung auf die Unfallversicherung ist z. B. bei einem Sturze infolge Schlaganfalls der Sturz kein „zufälliges" Ereignis im Sinne der Versicherung. — Das Moment der Plötzlichkeit bezieht sich auf das Ereignis, nicht auf die Beschädigung, Hitzschlag ist daher kein Unfall. — Das Moment der Äußerlichkeit ist als Einwirkung „von außen" zu verstehen, Verletzung des Körpers durch Zusammenstoß desselben mit der Außenwelt und Verletzung eines Körperteils durch einen anderen (oder ein durch diesen geführtes Instrument — Hammer, Messer, Säge) sind regelmäßig als Unfälle zu betrachten, dagegen nicht Vorgänge, die sich im Innern des Körpers abspielen; das Urt. d. RG. v. 23. 10. 03 (Veröff. des Kais. Aufsichtsamts f. Privatversich. **04** 66 ff.) konstruiert irrtümlich das Moment der Äußerlichkeit als „äußerlich wahrnehmbar". — Das Moment der Gewaltsamkeit beschränkt den Unfall auf Fälle mechanischer (einschl. elektrischer) Gewalteinwirkung, dagegen sind psychische und thermische Einwirkungen, sowie Infektionen nach dem heutigen Stande der medizinischen Erkenntnis nicht als Unfälle zu betrachten. — Für die Begriffsbestimmung des Unfalls wichtig ist die Unterscheidung zwischen negativen Begriffsmerkmalen und Ausschlüssen.

Im § 8 GewUnfG. ist die Bestimmung bezüglich des Vorsatzes eine Begriffsnegative, die Bestimmung bezüglich der Unfälle der Begehung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens ein Ausschluß.

II. Abs. 2.

1. **RG. 63** 324, JW. **06** 464, DJZ. **06** 1093, BankA. **5** 251. Unter den Begriff des Schutzgesetzes fallen nicht nur Strafgesetze und polizeiliche Vorschriften, sondern auch Vorschriften des bürgerlichen Rechtes Der Begriff umfaßt auch solche Gesetze, die zwar zunächst den Schutz der allgemeinen öffentlichen Interessen bezwecken, daneben aber auch den Schutz der einzelnen. Der „andere", dessen Schutz das Gesetz bezweckt, muß der Beschädigte sein. Vgl. **RG. 51** 178, JW. **04** 554 (JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 1, **3** Ziff. 2b, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 2).

2. R. **06** 859 (Frankfurt). Zur Annahme eines Schutzgesetzes i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. genügt es, daß das betr. Gesetz den Schutz des einzelnen überhaupt, wenn auch nur nebenher, bezweckt; nicht erforderlich ist, daß es an den Verletzer zum Schutze des Beschädigten erlassen und dazu bestimmt ist, das Verhältnis des Verletzers zum Beschädigten zu regeln. Hiernach sind zwar die §§ 246, 249 Abs. 1 HGB. als Schutzgesetze anzusehen; sie enthalten jedoch ein für die Aktiengesellschaften geltendes Sonderrecht, gehen daher den Bestimmungen des BGB. vor und gewähren den Schutz nur in dem im § 249 Abs. 2 und 3 HGB. bestimmten Umfang und unter den dort erwähnten Voraussetzungen.

3. Einzelne Schutzgesetze. S. JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5.

a) Schutz der Ehre. JDR. **4** Ziff. 6c.

b) Schutz des Besitzes. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 6b, u. Ziff. cβ.

c) Bürgerliches Gesetzbuch.

α. § 618. HansGZ. **06** Beibl. 21 (Hamburg). S. JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6eα.

β. § 858. **RG.** JW. **06** 737, SchlHolstAnz. **06** 197 (Kiel); SächsRpflA. **06** 39 (Dresden). S. JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6eβ.

γ. § 906. BadRpr. **06** 93 (Karlsruhe).

δ. § 909. **RG.** SeuffA. **61** 59, **RG. 51** 177 (JDR. **4** Ziff. 6eγ, **1** Ziff. 5a.)

d) Handelsgesetzbuch.

ZVersWes. **06** 300, 314 f., ZAktWes. **06** 118 ff., HansGZ. **06** Hptbl. 121, BankA. **5** 200 (LG. u. OLG. Hamburg). Die Vorschriften des HGB. über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder sind keine Schutzgesetze zugunsten der Aktionäre. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 71δ. Ebenso **RG. 63** 324, JW. **06** 464, DJZ. **06** 1093, BankA. **5** 251. Vgl. BauersZ. **14** 33, 194.

e) Wechselordnung.

HansGZ. **06** Beibl. 35 (Hamburg). Die Wechselordnung ist kein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz.

f) Strafgesetzbuch.

α. § 172. HansGZ. **06** Beibl. 108 (Hamburg).

β. JDR. **4** Ziff. 6hg, **3** Ziff. 4kγ, **2** Ziff. 3cβ, **1** Ziff. 5dα. §§ 185 ff., 193. R. **06** 1194 (Frankfurt). Die Vorschrift des § 823 Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn dem Täter der Schutz des § 193 StGB. zur Seite steht.

SächsRpflA. **06** 404 (Dresden). Durch das Vorhandensein eines berechtigten Interesses nach § 193 StGB. wird der Tatbestand des § 823 Abs. 2 ausgeschlossen.

γ. § 263. **RG.** JW. **06** 60, BauersZ. **13** 146. Vgl. JDR. **4** Ziff. 6hε, **3** Ziff. 4kδ.

δ. § 340. BadRpr. **06** 194 (Karlsruhe). Haftung des Lehrers für Züchtigungen. Vgl. o. Abs. 1 Ziff. 2f.

RG. JW. **06** 745. Haftung des Beamten bei Waffengebrauch.

ε. § 364 Ziff. 10. BadRpr. **06** 278 (Karlsruhe). Eine auf Grund dieser Bestimmung erlassene Straßenpolizeiordnung ist Schutzgesetz.

ζ. § 366 Ziff. 10. SächsRpflA. **06** 101. SächsVO., betr. den Verkehr von Kraftfahrzeugen.

η. BadRpr. **06** 106 (Karlsruhe). Schutzgesetz ist eine auf Grund von Bestimmungen der §§ 366 Ziff. 8 u. 10, 367 Ziff. 12 u. 14 StGB. erlassene Bauordnung.

ϑ. § 367 Ziff. 12. Vgl. IDR. **4** Ziff. 6 h ϑ, **3** Ziff. 4 k ε, **2** Ziff. 3 d γ, **1** Ziff. 5 d ζ. BadRpr. **06** 168 (Karlsruhe). Unter Abhängen sind nicht nur natürliche, sondern auch künstliche Senkungen und Vertiefungen, z. B. Gräben neben öffentlichen Wegen zu verstehen.

RG. JW. **06** 59, 137, 351 (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert nicht das Absperren von Konzertpodien), vgl. ebd. 537, 710.

g) Unlauterer Wettbewerb.

*Bahr 21. Das UnlWG. ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 (IDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6 i).

h) § 64 GmbHG. ist ein Schutzgesetz. KGBl. **06** 52, BauersZ. **14** 208 (KG.).

i) SchlHolstAnz. **06** 20 (Kiel). (Vgl. IDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6 l, o. Abs. 1 Ziff. 7 o.) Das InvVG. ist als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 anzusehen. Der Arbeitgeber haftet dem Arbeitnehmer für den durch Nichtverwendung von Invaliditätsmarken entstehenden Schaden. Im vorliegenden Falle ist die Haftung verneint, weil die Nichtverwendung nach den getroffenen Parteivereinbarungen nicht widerrechtlich war.

k) BayRpflZ. **06** 126 (Bamberg). Unfallverhütungsvorschriften, welche auf Grund des § 126 LandwUVG. erlassen sind, sind Schutzgesetze.

l) R. **06** 244 (Stuttgart). Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 63 GewUVG. über die Anzeige der in einem versicherten Betriebe vorkommenden Unfälle begründet die Ersatzpflicht des zur Anzeige verpflichteten Unternehmers nach § 823 Abs. 1 u. 2 BGB.

m) §§ 126 u. 128 PrBergG. sind keine Schutzvorschriften. **RG.** JW. **06** 780.

n) BadRpr. **06** 35 (Karlsruhe). Bestimmungen der für das Großh. Baden geltenden Straßenpolizeiordnung, wonach es verboten ist, auf öffentlichen Wegen und Plätzen Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert werden kann, aufzustellen, hinzulegen oder liegen zu lassen, sind Schutzvorschriften i. S. des § 823 Abs. 2.

o) Art. 8 BadFischereiG. kein Schutzgesetz. BadRpr. **06** 235 (AG. Waldshut).

§ 824. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 129 ff., tritt für ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ein, das auch den ungestörten Genuß der Ehrenstellung garantiert und gegen Ehrenkränkungen durch analoge Gewährung der Unterlassungsklage zu schützen ist.

2. **RG. 61** 366, 369 hält an der **RG. 60** 6 (IDR. **4** § 824 Ziff. 3) vertretenen Auffassung fest, daß der Kredit, der Erwerb und das Fortkommen eines Menschen als Rechtsgüter anzusehen sind, denen Rechtsschutz zu gewähren ist. Vgl. über Verteilung der Beweislast 370.

3. **a)** *Eltzbacher, Unterlassungsklage 138. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz ist hier auch die Unterlassungsklage gegeben. (Näheres o. im Anhange zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

b) R. **06** 802, BadRpr. **06** 51 (Karlsruhe). Bei einem widerrechtlichen Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Recht kann der Einwand des guten Glaubens nur gegenüber einer Schadensersatzklage erhoben werden; dagegen berechtigt

ein auch nur objektiv widerrechtlicher Angriff zur Unterlassungsklage, sofern weitere Angriffe zu befürchten sind.

c) SächsRpflA. **06** 391 u. 401 (Dresden). Der Anspruch auf Unterlassung kreditschädigender Behauptungen setzt ein subjektives Verschulden nicht voraus, wohl aber einen tatsächlichen Anhalt dafür, daß eine Fortsetzung des kreditschädigenden Verhaltens zu befürchten ist. (Vgl. zu § 6 UnlWG.)

SächsRpflA. **06** 251 (Dresden). Unterlassungsklage.

4. R. **06** 375 (Stuttgart). Wenn eine Druckschrift ihrem objektiven Inhalte nach eine unwahre Tatsache enthält, der Verfasser aber sich des betreffenden Inhalts nicht bewußt ist, z. B. wenn für den Leser eine bestimmte Person kenntlich gemacht ist, während nach dem festgestellten Willen des Verfassers nicht diese, sondern eine andere Person gemeint war, so ist, gleichviel, ob das Nichtwissen auf Fahrlässigkeit beruht oder nicht, der Schadensersatzanspruch wie der Unterlassungsanspruch aus § 824 BGB. gegen den Verfasser ausgeschlossen, soweit nicht die Weiterverbreitung nach erlangter Aufklärung in Frage steht.

5. SächsRpflA. **06** 404 (Dresden). Die Bestimmnng des § 824 verneint nicht nur die Schadensersatzpflicht desjenigen, der gegen Abs. 1 verstößt, ohne an der Natur der Handlung als einer unerlaubten etwas zu ändern, vielmehr will sie, ebenso wie die des § 193 StGB. (**RG. 51** 377, JDR. **1** Ziff. 4) die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen. Fahrlässige Verbreitung einer schädigenden unwahren Behauptung ist unter den Voraussetzungen des § 824 Abs. 2 ungeeignet, dem Geschädigten einen Anspruch, sei es auf Schadensersatz, sei es auf Unterlassung zu gewähren.

6. BauersZ. **14** 19 (Dresden). Haftung eines Kreditreformvereins für unrichtige Auskunft seines Geschäftsführers.

7. SächsRpflA. **06** 404 (Dresden). Wer ein Buch über Maltechnik schreibt mit dem Zwecke, die Kenntnis von den für die Malerei erforderlichen und ratsamen Farben und von deren Zusammensetzung auszubreiten, ist befugt, auch die Mißstände auf diesem Gebiete zu rügen. Ihm kommt der Schutz des § 824 Abs. 2 zugute.

§ 825. 1. **RG.** JW. **06** 352. Das Schweigen des Schwängerers darüber, daß er verheiratet sei, enthält keine Hinterlist im Sinne des Gesetzes. Unter dem im § 825 BGB. enthaltenen — dem Strafgesetzbuch entnommenen — Ausdrucke „Hinterlist" ist zu verstehen ein mit Vorbedacht ausgeführtes, die wahre Absicht verdeckendes Handeln zu dem Zwecke, den unvorbereiteten Zustand eines anderen zur Verwirklichung eines bestimmten Planes zu benutzen (vgl. **RG.** (Strafs.) **22** 312, auch **2** 74). Allerdings genügt ein solches arglistiges Handeln — welches eben durch das versteckte Vorgehen des Täters besonders gefährlich ist —, ohne daß es der Anwendung besonderer hinterlistiger „Kunstgriffe" (wie es im § 748 a Entw. II hieß) bedurfte. JDR. **4** § 825.

2. HessRspr. **7** 131 (Darmstadt). Der Mißbrauch des Abhängigkeitsverhältnisses liegt dann vor, wenn es dazu benutzt wird, um einen Druck auf die abhängige Person auszuüben, damit diese sich zur Befriedigung der unsittlichen Gelüste ihrem Dienstherrn willfährig zeigt. Zwischen Mißbrauch des Abhängigkeitsverhältnisses und Gestattung des Beischlafs muß ein Kausalzusammenhang gegeben sein. Hierzu ist erforderlich, daß auf seiten des Dienstherrn der Wille oder auch nur das Bewußtsein vorgelegen hat, durch seine überlegene Stellung auf die ablehnende oder auch nur vermutlich ablehnende Haltung der Frauensperson einzuwirken und sich seinem Willen gefügig zu machen, und auf seiten dieser muß die Erwägung, daß ihr im Falle ihres ablehnenden Verharrens oder Verhaltens wirtschaftliche Nachteile entstehen könnten, den Entschluß hervorgerufen

haben oder doch mitbestimmend gewesen sein, dem Ansinnen des Dienstherrn keinen Widerstand entgegenzusetzen oder ihn aufzugeben. Vgl. JDR. **3** § 825.

§ 826. 1. § 826 und § 226. JDR. **4** § 826 Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 1a.

RG. JW. **06** 61. § 826 findet auch auf eine in Ausübung eines formalen Rechtes vorgenommene Handlung Anwendung. Ebenso SächsRpflA. **06** 402 (Dresden).

RG. JW. **06** 16. Auch eine Handlung, die an sich vermöge der allgemeinen Handlungsfreiheit durchaus erlaubt ist und keine Vertragspflicht dessen, der sie vornimmt, verletzt, ist im Sinne von § 826 BGB. widerrechtlich und zum Schadensersatze verpflichtend, wenn sie in der Absicht oder mit dem Bewußtsein, einen anderen dadurch zu schädigen, vorgenommen wird und demjenigen zuwiderläuft, was nach dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden unter den gegebenen Umständen geboten erscheinen mußte. Dabei ist mehrfach angenommen worden, eine in diesem Sinne widerrechtliche Handlung könne auch darin enthalten sein, daß sich jemand, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, an der Verletzung vertraglicher Pflichten, die einem anderen einem Dritten gegenüber obliegen, beteiligt oder sie durch Anstiftung des vertragswidrig Handelnden herbeiführt.

2. § 826 und § 823. JDR. **4** § 826 Ziff. 2, **3** Ziff. 3.

RG. R. **06** 561. Durch Verneinung vorsätzlicher und wider die guten Sitten verstoßender Schadenszufügung nach § 826 ist auch vorsätzliche und rechtswidrige Rechtsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. in Abrede gestellt. Der 1. Abs. des § 823 BGB. schützt nicht bloße obligatorische Rechte.

3. Vorsatz. JDR. **4** § 826 Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1b, **1** Ziff. 1b.

a) UnlW. **5** 116 (Cöln). Zum Vorsatze gehört, daß der Handelnde sich bewußt ist, welche schädigenden Erfolge seine Tätigkeit für den Kläger hat. Die Absicht, zu schädigen, ist nicht erforderlich.

b) **RG.** **62** 137, JW. **06** 61, 781, SeuffA. **61** 450. Unter dem Begriffe der „Vorsätzlichkeit“ ist nicht nur diejenige Willensrichtung zu verstehen, bei der lediglich darauf abgesehen wird, einem anderen Schaden zuzufügen. Vielmehr genügt schon das Bewußtsein, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben werde. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 3a.

c) **RG.** **63** 146, JW. **06** 352. Wer eine Handlung vornimmt, in dem Bewußtsein, daß ein anderer dadurch Schaden leide, hat die Schadenszufügung gewollt und mehr ist zur vorsätzlichen Schädigung nicht erforderlich. Ob der Handelnde dadurch gegen die guten Sitten verstoßen habe, ist freilich eine andere Frage, bei der es darauf ankommen kann, ob ein berechtigtes Interesse zur Vornahme der Handlung vorliegt (**RG.** **58** 215).

4. **RG.** JW. **06** 60, SchlHolstAnz. **06** 22. Im allgemeinen reicht das Gebiet des § 826 weiter als dasjenige des strafrechtl. Betruges. Ein Verhalten kann sich als sittenwidrig darstellen, auch wenn es noch nicht die Merkmale eines Betruges i. S. des § 263 StGB. erfüllt; ein arglistiges Verschweigen wahrer Tatsachen käme für den Gesichtspunkt des § 826 jedenfalls nicht minder in Betracht als für den Tatbestand des strafrechtlichen Betruges.

5. Die guten Sitten. JDR. **4** § 826 Ziff. 4, s. o. § 138, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 3. **a)** *Hein, Verleitung zum Vertragsbruch 70—131. α. Isolierende Auffassung: Der Begriff wird für sich allein, ohne Rücksicht auf verwandte gesetzliche Begriffe, zu deuten gesucht. — Ungenügende Resultate. Verf. verwirft u. a. die Ansichten von Lotmar, Zitelmann, Endemann, Dernburg und die des RG. (71—88). β. Zentrale Auffassung: Der Begriff wird einem Oberbegriff eingeordnet, in dessen Sinne alle Einzelfragen zu lösen

sind. Nicht befriedigend Steinbach und Schneider. Ersterer sagt nicht, wie die „richtige" Grenze zwischen Individual- und Gesamtinteresse zu finden ist; letzterer läßt die Frage offen, wie die „gerechte" Mittellinie zwischen den Parteiinteressen gezogen wird (90—99). Verf. schließt sich unter eingehender kritischer Begründung an Stammler an. Indem das Gesetz den Verstoß wider die guten Sitten mit Rechtsfolgen verknüpft, nimmt es von den verschiedenen denkbaren Normen diejenige in sich auf, die den jeweiligen Tatbestand richtig regelt. Der Richter stellt diese Norm mit Hilfe der „Grundsätze des richtigen Rechtes" klar und trifft nach ihr die Entscheidung (109 f.).

b) *Zitelmann. Die gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung ist objektiv widerrechtlich (6 Anm. 10).

6. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 6.

a) **RG. 61** 359 ff., SeuffA. **61** 248, s. schon JDR. **4** § 826 Ziff. 6a.

b) *Hüssener. Der vom RG. (JW. **06** 684 Nr. 20) bejahten Anwendung des § 826 auf die Vornahme der Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen, aber in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erwirkten Judikaten steht die Rechtskraft des Urteils entgegen. Erst nach Bejahung der Frage nach dem „Zessieren der Rechtskraft" darf die Frage nach der Anwendbarkeit des § 826 aufgeworfen werden. Die Annahme eines solchen „Zessierens" findet im Gesetze keine Stütze, widerspricht vielmehr den Normen der Rechtskraft und deren legislativer Tendenz. Die Geltendmachung der Rechte aus rechtskräftigen Judikaten im Wege der Zwangsvollstreckung kann aber auch im Sinne des Gesetzgebers (wie aus den Normen über die Nichtigkeits- und Restitutionsklage sich ergibt) nie gegen die guten Sitten (im Sinne desselben Gesetzgebers) verstoßen.

c) *Kleinfeller. Der Gläubiger, welcher im Besitze einer den Gegner verurteilenden rechtskräftigen Entscheidung ist, begeht durch die Vollstreckung keine Handlung, die gegen die guten Sitten verstößt, selbst wenn er weiß, daß der Gegner ihm nach dem vorprozessualen Tatbestande nichts schuldete und das verurteilende Erkenntnis lediglich durch das Verhalten des Gegners ermöglicht wurde. Denn: eine Handlung kann nicht zugleich rechtmäßig und rechtswidrig sein, die Rechtskraft schafft einen neuen Anspruch und die Befriedigung eines Anspruchs ist für den Leistenden kein Schaden; die Klage aus § 826 BGB. würde in diesem Falle dem § 767 ZPO. widerstreiten und dieser gilt neben dem BGB. fort (Art. 32 EGBGB.) ⇒ Die Lit.Angabe ist durch Hinweis auf Pollak, GoldschmidtsZ **57** 267 zu ergänzen. ⇐

7. Unterlassungsanspruch. JDR. **4** § 826 Ziff. 7, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 5.

a) *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 127, tritt für analoge Gewährung der Unterlassungsklage auf Grund des § 826 ein, soweit die Norm des § 826 ein anerkanntes Ausschlußrecht in weiterem Umfange garantiert.

b) *Eltzbacher, Unterlassungsklage 145. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz ist hier auch die Unterlassungsklage gegeben. (Näheres oben im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

8. Verleitung zum Vertragsbruch.

a) *Hein, Verleitung zum Vertragsbruch 132. Die vorsätzliche, schadenstiftende Verleitung zum Vertragsbruch begründet in der Regel die Schadensersatzpflicht aus § 826 BGB.

b) **RG.** JW. **06** 465, SeuffA. **61** 452. Die wissentliche Verleitung zum Vertragsbruch fällt nicht schlechtweg unter § 826.

9. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4.

a) Oertmann, DJT. 28 II 33 ff. I. Wesen und Anwendungsgebiet der Verrufserklärung (33—50). Unter Verrufserklärung sind zu verstehen: „Die Verbote des Einkaufs und Verkaufs, des Arbeitnehmens und Arbeitgebens". Arten der Verrufserklärung: Lieferungsboykott oder Warensperre (Verbot des Verkaufs an den verrufenen Gewerbetreibenden), Konsumtionsboykott oder Kundschaftssperre (Lahmlegung des Gewerbebetriebes durch Entziehung oder Schmälerung der Kundschaft); Kreditsperre. Die Personensperre (Verbot des Arbeitnehmens und des Arbeitgebens). Die Beteiligten bei der Verrufserklärung: der Verrufende, die Boykottierer, der Verrufene. Die Mittel der Verrufserklärung. Verhältnis der Verrufserklärungen zu Streik und Arbeiteraussperrung. Streik ist die gemeinsame Arbeitsniederlegung aller Arbeiter oder einer größeren Gruppe von ihnen in einem Betriebe oder eine Mehrheit gleichartiger Betriebe zum Zwecke des Kampfes um den Lohn und sonstige Arbeitsbedingungen. Aussperrung ist die gleichzeitige Entlassung aller Arbeiter oder einer Gruppe von solchen in einem Betriebe oder einer Mehrheit von gleichartigen Betrieben zum entsprechenden, und umgekehrten Zwecke. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden liegt im Zwecke.

II. Rechtsfolgen der Verrufserklärung (51 ff.). Die möglichen Wirkungen lassen sich in 3 Arten zerlegen: α. Rechtswirkungen im Verhältnis zwischen dem Verrufenden und den Empfängern der Verrufserklärung, β. zwischen den Empfängern der Verrufserklärung (Boykottierern) und den Verrufenen, γ. zwischen dem Verrufenden und den Verrufenen. Die wichtigste Wirkung ist die zu γ; die Wirkungen bestehen ausschließlich in Schadensersatzansprüchen. Es handelt sich hauptsächlich um die Frage der Rechts- und der Moralwidrigkeit des Verrufs. Die Schadensersatzpflicht läßt sich nicht aus § 823 Abs. 1 herleiten. Es handelt sich hierbei weder um eine Verletzung der Freiheit, noch um eine Ehrverletzung, noch auch um ein Recht auf den Gewerbebetrieb. Eher ist es möglich aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetze eine Ersatzpflicht herzuleiten. Auch § 824 kann in Frage kommen. Für die Frage, inwieweit eine Verrufserklärung moralwidrig ist, kommt § 826 in Betracht. Verf. untersucht (70 ff.), auf wessen Moral es bei der Beurteilung ankommt: α. Handelt es sich um eine Verrufserkärung innerhalb der gleichen sozialen Schicht, so kommen neben den allgemeinen die besonderen Moralgrundsätze der Klasse in Betracht. β. Bei entgegengesetzten sozialen Schichten wird von der Berücksichtigung besonderer Klassenmoral Abstand zu nehmen und die Handlung nur dem Spruche eines allgemeinen oder neutralen Moralstandpunktes zu unterwerfen sein. — Inhaltlich ist eine Handlung nur dann moralgemäß, wenn sowohl der damit verfolgte Zweck wie die dazu verwendeten Mittel moralgemäß sind. Wann dies der Fall ist und wann nicht, wird eingehend untersucht (73 ff.) — Zum Schlusse gelangt Verf. zur Verneinung der Frage nach einer Reform des geltenden Rechtes.

b) RG. JW. 06 595, BauersZ. 14 45, DJZ. 06 1027. Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes ist ein Rechtsgut, dessen Verletzung negatorische Abwehr und Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. begründen kann. Allein dies trifft doch jedenfalls nur dann zu, wenn ein solcher Gewerbebetrieb widerrechtlich gestört worden ist. Nun kann aber nicht davon die Rede sein, daß eine Handlung schon deshalb rechtswidrig wäre, weil sie für den Ertrag des Gewerbebetriebs eines anderen nachteilig ist; eine solche Wirkung haben und zwar unter Umständen in durchgreifendster Weise auch Handlungen, die Ausfluß der allgemeinen und speziell der gewerblichen Handlungsfreiheit dessen, der sie vornimmt, sind und diesem in gleicher Weise freistehen, wie dem geschädigten Unternehmer sein eigener Gewerbebetrieb. Zu den an sich

erlaubten Handlungen gehören auch die Koalitionen gewerblicher Arbeiter zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, und die zur Erreichung dieses Zweckes von solchen Koalitionen oder ihnen zur Seite tretenden Personen ergriffenen Maßnahmen sind keineswegs schon deshalb rechtswidrig, weil durch sie bestehende selbständige Gewerbebetriebe geschädigt werden. Es kann sich also nur darum handeln, ob die im vorliegenden Falle von den Beklagten ins Werk gesetzten Maßregeln über dasjenige hinausgehen, was in dem Lohn- und Klassenkampf zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als statthaft anzusehen ist. Daß dies schlechthin von der Boykottierung Gewerbtreibender durch Arbeiterkoalitionen gelte, kann der Revision nicht zugegeben werden. Sie ist ein Kampfmittel, das gleich dem Streik dazu dienen soll, einen Zwang auf die Arbeitgeber auszuüben; in dem einen Falle geschieht dies dadurch, daß versucht wird, dem Gewerbtreibenden die Produktion von Waren zeitweilig unmöglich zu machen oder zu erschweren, das andere Mal in der Weise, daß ihm zeitweilig der Absatz seiner Waren verkümmert wird. Ein zureichender Grund, diese beiden einander nahestehenden Kampfmittel bezüglich ihrer Statthaftigkeit grundsätzlich verschieden zu beurteilen, liegt nicht vor. Der Boykott hat auch ebenso wie der Streik ein Gegenstück in den Kampfmitteln, deren sich die Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern bedienen; dem Streik entspricht die Arbeiteraussperrung, die ein Arbeitergeber gegenüber den bei ihm beschäftigten Arbeitern oder von Gruppen von solchen eintreten läßt, und der Sache nach ein Boykott ist es, wenn Verbände von Arbeitgebern nach einer von ihnen getroffenen Vereinbarung einzelner Arbeiter oder ganze Kategorien von solchen — z. B. alle organisierten Arbeiter ihrer Branche — von der Beschäftigung in allen dem Verbande angehörenden Betrieben ausschließen. Das Verhalten der Beklagten enthält also keine Störung des Gewerbebetriebes der Kläger, die schon an sich als rechtswidrig erachtet werden könnte. Diese Entsch. hat OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **06** 33 bestätigt.

c) KfmGewG. **11** 355 (GG. Stuttgart). Eine einfache Arbeitsniederlegung gehört zu den nach § 152 erlaubten Mitteln; die Anwendung dieses Mittels ist keine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff., sie verstößt insbes. nicht gegen den § 826, da die Verabredung, in den Ausstand zu treten, kein Unrecht ist, auch kein Zivilunrecht. S. u. § 830.

d) OLG. **12** 114 (Hamburg). Organisierte Arbeiter, die mit einem anderen Arbeiter deshalb nicht zusammen arbeiten wollen, weil dieser nicht organisiert sei, begehen deshalb noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten. S. schon JDR. **4** § 826 Ziff. 8b.

e) NaumburgAK. **06** 29 (Naumburg) hat in einem Falle von Boykott eine Schadensersatzpflicht angenommen. ⋙ Die Entscheidung ist mit Rücksicht auf die aaO. wiedergegebene Sachlage verfehlt. Red. ⋘

f) OLG. **12** 112 (Hamburg). Bestimmt ein Geschäftstreibender den Angestellten eines Konkurrenten durch Angebot besserer Lohnbedingungen oder einer einmaligen Extravergütung in seine Dienste überzutreten, so ist darin an sich noch kein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Ebensowenig kann ein solcher Verstoß darin, daß ein Geschäftstreibender mit Kunden eines Konkurrenten durch Vermittelung eines früher bei jenem, jetzt bei ihm Angestellten Geschäftsbeziehungen anbahnt, ohne weiteres erblickt werden. Dagegen verstößt gegen den kaufmännischen Anstand, wenn ein Geschäftsinhaber in der Absicht, dadurch Kunden eines Konkurrenten zu sich hinüberzuziehen, einen Angestellten dieses anderen durch Angebot höheren Lohnes oder anderer Vorteile veranlaßt, in seine Dienste zu treten. Dabei kann nicht von entscheidender Bedeutung sein, ob die erste Anregung zu solchem Übertritt vom Angestellten oder vom neuen Geschäfts-

herrn ausging. Es kommt aber darauf an, daß gerade die Absicht, auf diesem Wege dem Konkurrenten Kunden abspenstig zu machen, das bestimmende Moment für die Annahme des Angestellten ist; es würde nicht genügen, wenn die Absicht des Annehmenden in erster Linie dahin geht, eine tüchtige Kraft für sein Geschäft zu erwerben, selbst wenn dabei das Bewußtsein nicht fehlt, daß dieser Angestellte infolge seiner persönlichen Beziehungen zu den Kunden seines früheren Geschäftsherrn auch solche Kunden zu dem neuen Geschäftsherrn mit hinüberziehen werde. Ob die eine oder die andere Absicht die vorliegende ist, bleibt eine für jeden einzelnen Fall zu entscheidende Tatfrage.

g) DJZ. **06** 205 (KG.). Das Weglocken von Personen von dem Geschäftslokal eines anderen durch Mittel, welche sich außerhalb der im Verkehrsleben einzuhaltenden Grenzen des Angebots und der Anpreisung der eigenen Waren bewegen, ist als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise im Sinne des § 826 BGB. anzusehen.

h) **RG.** JW. **06** 198, UnlW. **5** 104, JndRZ. **1** 95. Die Nachtwachgesellschaft für Ch. macht der Wirtschaftsgenossenschaft von Haus- und Grundbesitzern daselbst Vorwurf, daß sie die Kunden der Klägerin aufgefordert habe, das Vertragsverhältnis mit dieser zu lösen, ihr die Hausschlüssel abzufordern und zu der Beklagten überzugehen. Zwar ist dem Berufungsgericht darin beizustimmen, daß ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes in einem solchen Verhalten nicht liegt. Die Anwendung des § 826 BGB., auf welchen die Klägerin ihre Ansprüche auf Unterlassung und auf Schadensersatz ebenfalls gestützt hatte, ist aber mit nicht genügender Begründung abgelehnt worden. — Die Tatsache, daß die Beklagte den beiden Wächtern, die von ihr mit der eröffneten Aussicht auf Anstellung und der Zahlung von Belohnung zum Werben von Kunden angehalten wurden, unter anderen Schriftstücken auch Postkarten mitgab, auf welchen sich die an die Klägerin gerichtete Kündigung des Vertragsverhältnisses befand, ergibt klar, daß die Beklagte gerade darauf ausging, der Klägerin Kunden abspenstig zu machen und diese zu sich herüberzuziehen. Dazu kommt, daß sie sich zur Erreichung dieses Zweckes der Wächter bediente, die noch im Dienste der Klägerin standen bzw. denselben um die in Rede stehende Zeit verließen. Ein solches Verfahren entspricht, wenn es auch keine Aufforderung zum Bruche des Vertragsverhältnisses darstellt, doch nicht einem loyalen Wettbewerb, sondern kann einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten.

10. **RG.** BayRpflZ. **06** 163. Der Tatbestand des § 826 kann auch durch Unterlassung erfüllt werden.

11. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 968. § 826 findet Anwendung auch auf arglistiges Verschweigen beim Abschluß eines Vertrags.

12. Verhältnis zum Wettbewerbsgesetze. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 9, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 5.

a) **RG.** GewRschutz **06** 321, R. **06** 859. Wegen eines in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich zugefügten Schadens kann der Anspruch zum Ersatze dieses Schadens auch dann auf § 826 BGB. begründet werden, wenn die Anwendung des UnlWG. gleichfalls in Frage kommen könnte.

b) R. **06** 1004 (Nürnberg). Die Anwendung des UnlWG. als des Spezialgesetzes kommt vor der Anwendung des § 826 BGB. als der Gesetzesbestimmung in Frage, die nur als clausula generalis neben den durch Spezialnormen geregelten Fällen gilt.

RG. HansGZ. **06** Hptbl. 61 ff., 64.

13. § 826 und das AnfG.

SeuffA. **61** 239, R. **06** 1135 (Breslau). Der subjektive Tatbestand, den

der § 826 erfordert, deckt sich nicht mit dem des AnfG. Den Grund der Anfechtung bildet nach letzterem die vom Gesetze gemißbilligte Rechtshandlung des Schuldners, zu der nur rein objektiv die Kenntnis von dessen unredlicher Absicht auf seiten des Dritten hinzuzukommen braucht. Anders im Falle des § 826. Hier ist die vorsätzliche sittenwidrige Handlung als Ursache des Schadens die Voraussetzung des Anspruchs, der Vorsatz muß sich auf die Herbeiführung des Schadens beziehen und der Täter muß vorausgesehen haben, daß aus seiner Handlung für den anderen ein Schaden entstehen würde. Die ganz allgemeine Voraussicht der Möglichkeit einer Benachteiligung ohne persönliche und zeitliche Beziehung würde allerdings nur ein Gefährdungsbewußtsein bedeuten, das zur Anwendung des § 826 nicht ausreicht.

14. § 826 und das WarenZG. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 10, **3** Ziff. 9.

SächsRpflA. **06** 402 (Dresden). Der Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs eines eingetragenen Warenzeichens kann auf § 826 gestützt werden.

15. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 12, **3** Ziff. 11, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 7.

a) **RG.** SchlHolstAnz. **06** 22, JW. **06** 60; vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 12d.

b) R. **06** 51 (Cöln). Hat jemand eine Annonce veröffentlicht, deren Inhalt sich als eine Verletzung des § 826 darstellt, so ist dem Kläger die Befugnis zur Veröffentlichung der Verurteilung des Beklagten zu erteilen, da der Kläger, der nach § 249 die Herstellung des vor Eintritt der schädigenden Handlung des Beklagten bestehenden Zustandes begehren kann, eine solche Herstellung nur dadurch einigermaßen verlangen kann, daß die Verurteilung des Beklagten zur Kenntnis einer großen Zahl von Personen, namentlich der Leser der Zeitungen gebracht wird, in denen die Anzeige des Beklagten gestanden hatte.

c) Haftung für Auskunft. JDR. **4** § 826 Ziff. 12f.

SächsRpflA. **06** 251 (Dresden). Verstoß gegen die guten Sitten in einer Auskunft.

d) Ausstellung eines Zeugnisses.

RG. SeuffA. **61** 193. Ausstellung eines falschen Zeugnisses, s. schon JDR. **4** § 826 Ziff. 12g.

e) Arglistige Täuschung. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 7e.

α. Manheimer, PosMschr. **06** 37. Bleibt der Betrogene bei dem Geschäft stehen, so kann er entweder nach §§ 823, 826 BGB. Schadensersatz fordern, d. h. verlangen, in seinem Vermögensbestande so gestellt zu werden, als wenn er das Geschäft nicht geschlossen hätte, oder er kann verlangen, daß der Vertragsgegner für die Wahrheit seiner Zusicherungen eintrete und ihn so stelle, als wenn die arglistig zugesicherte Tatsache wahr wäre.

RG. **63** 268, JW. **06** 379. Der Betrogene kann beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz verlangen.

RG. JW. **06** 191. Verhältnis der Schadensersatzklage zum Gewährleistungsanspruch. Vgl. § 463.

β. R. **06** 182. RheinA. **102** I 213 (Cöln). Der Käufer, der auf Erfüllung eines Kaufgeschäfts besteht, zu dem der Verkäufer durch einen Irrtum in der Preiskalkulation veranlaßt worden ist, handelt nicht gegen die guten Sitten, wenn er erst nachträglich von diesem Irrtume Kenntnis erlangt hat; wohl dagegen, wenn er sofort bei der Annahme des Angebots des Verkäufers erkannt hatte, daß dieses nur durch einen Irrtum in der Preiskalkulation veranlaßt sein konnte. Vgl. **RG.** **55** 371 ff.

γ. **RG.** DJZ. **06** 655. Dem betrogenen Käufer steht auch dann ein Schadensersatzanspruch in Höhe seines positiven Interesses zu, wenn er die Erfüllung in Kenntnis des Betrugs unter Vorbehalt seiner Ansprüche annimmt.

f) OLG. **12** 112 (Hamburg). Wer auf die Unkenntnis seines Gegenkontrahenten spekuliert und ihm Wertpapiere weit über dem Börsenkurs anbietet, verstößt gegen die guten Sitten.

g) **RG.** JW. **06** 743. Die Ausschließung eines Arztes aus einem ärztlichen Standesverein würde nur dann einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten, wenn die Maßregel geeignet war, die wirtschaftliche Existenz des Ausgeschlossenen völlig oder nahezu völlig zu untergraben oder wenn sie sich als eine willkürliche oder gehässige darstellte.

h) Fuld, R. **06** 1187 f. Es widerspricht den guten Sitten, daß der im Besitze eines tatsächlichen Monopols Befindliche nach seinem Belieben die auf seine Leistungen angewiesenen Verbraucher — dieses Wort im weitesten Sinne verstanden — von seinen Leistungen willkürlich ausschließt oder bestimmten Personen die Leistungen nur gegen gewisse unbillige Leistungen zur Verfügung stellt.

i) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 664, SeuffA. **61** 65. Der § 826 findet auch auf das Verhältnis der Eheleute Anwendung.

k) HansGZ. **06** Beibl. 284 (Hamburg). In der Vereinbarung eines Angestellten mit seinem Geschäftsherrn, daß eine Gehaltsvorauszahlung erfolgen solle, wenn auch dadurch Ansprüche der Ehefrau des Angestellten vereitelt würden, liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten auf seiten des Geschäftsherrn, auch wenn ihm der Sachverhalt bekannt ist.

l) UnlW. 5 116 (Cöln). Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt vor, wenn ein Kaufmann, obgleich er nicht Mitglied eines Rabattvereins ist, gleichwohl ankündigt, er nähme Bücher des Vereins in Zahlung und gebe Rabattmarken des Vereins aus. Der Verein kann auf Unterlassung der Ankündigung klagen. Ein Verstoß gegen § 1 UnlWG. ist in der Ankündigung nicht zu erblicken.

m) SächsRpflA. **06** 12 (Dresden). Der Bezogene, welcher die Unechtheit seines Akzeptes bei Vorlegung erkennt, macht sich dem Wechselgläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er ihn nicht auf die Fälschung aufmerksam macht, sondern in dem Glauben an die Echtheit des Akzeptes und an das Bestehen eines Wechselanspruchs beläßt.

n) **RG.** R. **06** 620. Ein aus Rachsucht von einem Zechendirektor unter Androhung der Wohnungskündigung an die Bergleute erlassenes Verbot der Warenentnahme von dem Gegner ist rechtswidrig und verstößt gegen die guten Sitten. Es wird dadurch eine Schadensersatzpflicht auch dann begründet, wenn die Voraussetzung des § 226, daß das Verbot nur den Zweck haben konnte, dem Gegner Schaden zuzufügen, nicht erschöpft ist.

o) **RG.** R. **06** 117. Eine an sich erlaubte Handlung kann dadurch rechtswidrig werden, daß sie ein Glied einer Gesamtoperation bildet, die gegen die guten Sitten verstößt und die Schädigung eines anderen bezweckt.

p) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 971. § 826 findet auf den Fall der Kollision eines dinglichen Rechtes mit einem persönlichen Anwendung.

q) BraunschwZ. **06** 128 (Braunschweig). Wissentliche Genehmigung des unrichtigen Versteigerungsprotokolls zum Nachteil eines interessierten Meistbietenden und zu eigenem Vorteile verstößt gegen § 826.

r) SächsRpflA. **06** 278 (Dresden). Kein Verstoß gegen die guten Sitten ist gegeben, wenn der ausgefallene Hypothekengläubiger den Ausfall einklagt, obwohl er durch den Mehrwert des erstandenen Grundstücks gedeckt wird.

s) SächsRpflA. **06** 177, 178 (Dresden). In beiden Entscheidungen wird der Klage der Besitzer von in der Nähe eines Bordells liegenden Häusern gegen den Bordellinhaber auf Einstellung des Bordellbetriebs stattgegeben.

t) HessRpr. **7** 90 (Darmstadt). In dem Nachdrucke des Katalogs einer Möbelhandlung ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht gesehen worden.

u) **RG.** PucheltsZ. **06** 134. Das Bestehen einer Verwechselungsgefahr kann an sich, ohne die Absicht, dieselbe herbeizuführen, einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht darstellen.

v) KfmGewG. **11** 292 (Schiedsgericht d. Bauinnung Danzig). Der Arbeitgeber, der seinem Arbeiter am Montag früh kündigt, macht sich ersatzpflichtig, wenn er schon am Sonnabend Abend hätte kündigen können.

w) ZVersWes. **06** 446 (Hamburg). Fall aus dem Versicherungsrecht, in welchem § 826 nicht angenommen ist.

x) Preisunterbietungen. Vgl. JDR. **4** § 826 Ziff. 12r, Ziff. 11m.

α. OLG. **12** 112 Anm. (Hamburg). Der Fabrikant hat nicht das Recht, von Detaillisten, die nicht seine Kunden sind, zu verlangen, daß sie nicht unter den seinen Kunden vorgeschriebenen Preisen seine Erzeugnisse verkaufen. — Dies Recht steht ihm auch dann nicht zu, wenn seine Erzeugnisse patentiert sind. (OLG. Kiel ebd.).

β. UnlW. **5** 138 (Naumburg, mitgeteilt von Pels). In dem Verkaufe von Büchern aus Reclams Universalbibliothek unter dem für die Sortimenter vorgeschriebenen Preise von 0,20 M. für das Heft durch ein Warenhaus ist ein Verstoß gegen § 826 erblickt worden. — Abw. **RG. 63** 394, DJZ. **06** 1025, UnlW. **6** 25 im Falle von Königs Kursbuch. Kohler, ABürgR. **29** 140, wendet sich gegen das Urteil des OLG. Naumburg und führt aus, daß die Preisbildung eine Persönlichkeitsbefugnis des Verkäufers sei, der die von ihm erstandenen Waren zu dem von ihm beliebten Preise verkaufen könne.

γ. Korrespondenzblatt d. Akad. Schutzvereins **1** 8. Über die Urteile betr. Verkauf von Büchern unter den Ladenpreis. Mitteis, R. **06** 533. Vgl. auch **RG.** (Strafs.) DJZ. **06** 1096; Mittelstaedt, DJZ. **06** 1128.

Zu §§ 827, 828. *Eltzbacher, Unterlassungklage 176, 188, 200, 208/210. Die Unterlassungsklage findet auch wegen der in einem Zustande von Unzurechnungsfähigkeit begangenen Verletzung statt. Eine Strafdrohung kann aber mit der Verurteilung nur für den Fall verbunden werden, daß die neue Verletzung im Zustande der Zurechnungsfähigkeit erfolgt. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

§ 828. 1. **RG.** SächsRpflA. **06** 292, BadRpr. **06** 260. In **RG. 53** 157 ist ausgesprochen, daß die Erkenntnis der Verantwortlichkeit sich nicht mit der Erkenntnis der Gefährlichkeit der verübten Handlung deckt; es ist aber hinzugefügt, daß sie darüber hinausreicht und daß bei Fahrlässigkeitshandlungen die Erkenntnis der Verantwortlichkeit ohne die der Gefährlichkeit nicht denkbar sei, da die Fahrlässigkeit gerade auf einem verschuldeten Irrtum über die schädlichen Folgen der Handlung beruht und darin besteht, daß der Handelnde die Gefährlichkeit der Handlung, die er erkennen konnte, schuldhafterweise sich nicht vorgestellt hat. Es muß dies um so mehr gelten, wenn es sich nicht um die Erkenntnis der Verantwortlichkeit für den dritten Personen zugefügten Schaden, sondern um die Einsicht in das gegen die eigene Person begangene Unrecht handelt. Hier ist die Erkenntnis der Verantwortlichkeit mit der Erkenntnis der Gefahr, und somit auch die zu beiden erforderliche Einsicht, wenn auch nicht begrifflich, so doch tatsächlich nahezu identisch. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin beizutreten, daß es bei der Klägerin die zur Erkenntnis ihrer Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht verneint, weil ihr die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit ihres Verhaltens erforderliche Einsicht gefehlt hat.

2. **RG.** JW. **06** 686. Nach § 828 ist der Kläger im Alter von 10 Jahren für den von ihm verursachten Schaden verantwortlich, sofern nicht er den Beweis erbringt, daß ihm bei der Begehung der schädigenden Handlung die Einsicht gefehlt habe (**RG. 61** 239).

3. **RG.** JW. **06** 55 bleibt bei der früher aufgestellten Ansicht, daß § 828 auf die Fälle des § 254 Anwendung finde, ein mitwirkendes Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren daher nicht anzunehmen sei. Vgl. JDR. **4** § 828 Ziff. 4.

4. Hammer, HirthsAnn. **06** 786 ff., 845 ff. Über die Anwendbarkeit der §§ 827, 828 im § 254.

5. **RG. 61** 239, s. schon JDR. **4** § 828 Ziff. 2b.

§ 829. 1. **RG.** JW. **06** 55, EisenbE. **22** 302 verweist hinsichtlich der Anwendung des § 828 im § 254 auf **RG. 59** 222, läßt aber die Frage offen, ob nicht die in dem erwähnten Urteil berührte Bestimmung des § 829 sich mit dem Grundsatze des § 254 in Verbindung setzen ließe und dadurch unter Umständen eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden könnte.

2. Leonhard, BankA. **5** 153, will durch einen Zusatz zum § 829: „Das gleiche gilt zugunsten der durch schuldlose Unkenntnis der Geschäftsunfähigkeit ihres Geschäftsgenossen Geschädigten" die Gefahren beseitigt wissen, die aus Geschäftsabschlüssen mit heimlich Geisteskranken drohen. Vgl. hierzu Kuhlenbeck, das. 285.

§ 830. KfmGewG. **11** 355 (GG. Stuttgart), s. o. § 826 Ziff. 9c. Arbeiter, die in den Ausstand treten, um ausständige Kollegen in deren Kampf um Lohn und Arbeitsbedingungen zu unterstützen, haften nicht für den durch ihre gemeinsame Arbeitsniederlegung dem Arbeitgeber erwachsenen Schaden als Mittäter bzw. als Gesamtschuldner.

§ 831. 1. BayRpflZ. **06** 446 (Zweibrücken). Die Haftung des Geschäftsherrn beruht nicht auf einem Einstehen für eine Schuld des Angestellten, sondern auf den von der Frage einer Verschuldung des Angestellten ganz unabhängigen Gedanken eines (präsumtiven) eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn; nur die Führung eines der im § 831 zugelassenen Beweise befreit von der Ersatzpflicht. Vgl. **RG. 50** 66.

2. BadRpr. **06** 349. § 831 setzt voraus, daß derjenige, welcher einem anderen eine Verrichtung überträgt, diesem gegenüber die Stellung eines Geschäftsherrn einnimmt. Diese Stellung hat jedoch der Übertragende nur dann, wenn er die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu erteilen hat, wenn diesen von dem Bestellten Folge zu leisten ist, letzterer also bei der Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung von dem Willen des Bestellers abhängig ist.

3. Inhalt. Maß der Pflicht. JDR. **4** § 831 Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 4.

a) **RG.** JW. **06** 113, JustdRundsch. **06** 87. Der Geschäftsherr muß bei der Auswahl der Personen, die er zu einer Verrichtung bestellt, prüfen, einmal, ob diese die hierzu erforderlichen körperlichen und geistigen Fähigkeiten haben, und sodann, ob es Leute sind, von denen er mit Grund erwarten darf, daß sie die ihnen zu übertragenden Arbeiten mit der erforderlichen Sorgfalt ausführen werden. Der Geschäftsherr muß dementsprechend dartun, daß er die von ihm ausgewählten Personen als zu der von ihnen zu leistenden Verrichtung befähigt und als zuverlässig habe ansehen dürfen. — Mag auch nicht zu verlangen sein, daß der Maurermeister, der eine Mehrzahl von Bauten zu gleicher Zeit unternommen hat, die Prüfung der einzelnen Öfen persönlich vornimmt oder beaufsichtigt, oder hiermit einen Bautechniker beauftragt, so muß doch mindestens soviel erfordert werden, daß er, bevor die Übergabe des Hauses zum Gebrauch erfolgt, durch Befragung der von ihm mit dem Setzen der Öfen oder der Überwachung dieser Arbeit betrauten Arbeiter und Poliere Erkundigung darüber einzieht, ob eine auf alle einzelne Öfen erstreckte Feuerungsprobe stattgefunden hat, und, sofern das Ergebnis dieser

Nachforschung zu irgendwelchem Zweifel Anlaß gibt, dafür sorgt, daß die Prüfung noch sorgfältig und erschöpfend vorgenommen wird.

b) BayRpflZ. **06** 385 (Zweibrücken). Die Haftbarkeit des Dienstherrn, der eine andere Person zu einer Verrichtung bestellt hat, regelt sich nicht ausschließlich nach § 831 BGB., vielmehr kann auch § 823 Anwendung finden, so wenn dem Dienstherrn eine besondere Beaufsichtigungspflicht obliegt oder wenn er der Pflicht zu einer notwendigen allgemeinen Überwachung des Gewerbebetriebs nicht genügt. Die Gefährlichkeit des Betriebs einer Schießbude verlangt, daß sich, während die Bude jedermann zugänglich ist, der Geschäftsinhaber selbst oder eine durch Lebens- oder Dienstalter zur Überwachung der übrigen Angestellten geeignete Person in der Bude befindet. Der Beklagte hätte also eine nach Fähigkeit wie Autorität geeignete Person betrauen müssen; er durfte sich nicht damit begnügen, die mit der Bedienung der Schießgäste zusammenhängenden technischen Verrichtungen den hierzu geeigneten Mädchen anvertraut zu haben; er durfte aber auch nicht glauben, in dem Gehilfen, der den Mädchen an Lebensalter wenig voraus hatte, an Dienstzeit dem einen sogar weit nachstand, eine geeignete Person gefunden zu haben. Der Beklagte, der die Pflicht zur dauernden Beaufsichtigung nicht beobachtet, auch einen geeigneten Vertreter nicht bestellt hat, hat damit fahrlässig gehandelt.

c) **RG.** BayRpflZ. **06** 247. Wenn jemand einen anderen zu einer Dienstverrichtung bestellt, so regelt sich die Haftbarkeit nicht allein nach § 831, es kann nach der besonderen Lage des Falles auch der § 823 in Frage kommen.

d) **RG.** R. **06** 860. Die Feststellung, daß der Gehilfe schon etwa ein Jahr lang bei dem Arbeitgeber in Arbeit stand und sich als zuverlässig bewährt hat, genügt zur Feststellung der erforderlichen Sorgfalt bei der Auswahl; daß der Gehilfe sich lange Zeit nach dem Unfall unzuverlässig gezeigt hat, ist für die Frage der Sorgfalt unerheblich.

e) **RG.** RheinA. **102** II 11, s. schon IDR. **4** § 831 Ziff. 1c.

f) WürttZ. **06** 159 (Stuttgart), s. schon IDR. **4** § 831 Ziff. 1d und 2. — Sorgfalt bei der Auswahl eines Kutschers s. u. Ziff. 9b.

4. DIZ. **06** 660 (Cöln). § 831 BGB. gilt auch dann, wenn die Folgen des Verschuldens eines Angestellten sich gegen dessen Auftraggeber selbst richten. Deshalb gilt unter den Voraussetzungen des § 831 BGB. das Verschulden eines Angestellten als eigenes Verschulden des Dienstherrn auch gemäß § 25 PrEisenb. G. v. 3. 11. 38 und die Eisenbahn haftet nicht für den bei einem Eisenbahnunfall durch das Verschulden eines Angestellten des Beschädigten verursachten Sachschaden, es sei denn, daß der geschädigte Geschäftsherr beweist, daß er bei der Auswahl seines Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

5. SeuffA. **61** 236 (Naumburg). Für einen Schaden, der nur bei Gelegenheit der Ausführung der aufgetragenen Verrichtung entstanden ist, haftet der Geschäftsherr nicht.

6. Personenkreis. IDR. **4** § 831 Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 3, 5, 6.

a) **RG.** **62** 31 ff. stützt sich hinsichtlich des Unterschiedes zwischen Vertreter und Angestellten auf **RG.** **53** 276 und bezieht sich ferner auf eine Entscheidung vom 12. Oktober 1903, nach welcher Beamte, die nicht verfassungsmäßig berufen, sondern nur von dem Vorstande der Korporation oder einem anderen Vertreter derselben angestellt seien, die Gemeinde nur nach § 831 verbindlich machen, auch wenn sie selbständig zu handeln hätten und durch ihr Amt ermächtigt seien, Rechtsgeschäfte für die Korporation abzuschließen.

b) **RG.** IW. **06** 8. Über die Merkmale des Begriffs „Vorstand einer Körperschaft“ und Angestellte i. S. d. § 831. Vgl. IDR. **2** § 831 Ziff. 2; vgl. ferner FischersZ. **31** 244.

BauerZ. **14** 40 wird die Frage der Haftung einer Gesellschaft mbH. für schadenstiftende Handlungen und Unterlassung ihrer Geschäftsführer erörtert. Auf diese findet § 831 keine Anwendung, da die Geschäftsführer gesetzliche Vertreter sind.

PucheltsZ. **06** 224 ff., 228 (Karlsruhe). Die Vorstandsmitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins sind von den Vereinsmitgliedern zur Verrichtung i. S. des § 831 bestellt.

c) Marcus, DJZ. **06** 78 f. Wer als Gesellschafter sich einer Mitarbeit am Gesellschaftszweck (§§ 705, 709 BGB.) entschlägt und einem Mitgesellschafter solche überträgt, „bestellt" nicht im Sinne von § 831 „einen anderen zu einer Verrichtung". An solche Fälle ist hier nicht gedacht. — Ein Einzelauftrag eines Gesellschafters an einen anderen kann unter § 831 fallen; die Bestellung zum Geschäftsführer ist Organisationsakt der Gesellschafter, die durch jenen handeln, und verpflichtet, soweit der Geschäftsführer im Dienste des Gesellschaftszwecks tätig wird, die Gesellschafter, auch soweit dabei Delikte unterlaufen, wie Wettbewerbsdelikte bei einer Erwerbsgesellschaft. Die so vertretenen Gesellschafter gelten dann als Mithandelnde, ihre Haftung folgt aus §§ 830, 714 BGB.

d) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 361 (s. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 7 e ζ). Der Obersekretär und der Kastellan eines Gerichtsgebäudes sind keine verfassungsmäßigen Vertreter des Justizfiskus.

OLG. **12** 110 (Cassel). Straßenmeister und Straßenaufseher sind keine Vertreter der Stadt, sondern nur bestellte Personen.

MecklZ. **24** 189 (Rostock). Die vom Magistrat einer Stadt angestellten Polizeibeamten fallen unter die Vorschriften des § 831.

WürttZ. **06** 121 ff. (LG. Ulm) (mitgeteilt von Schefold). Der Fronmeister einer Gemeinde, welchem die Beaufsichtigung der im Eigentum der Gemeinde stehenden Wege und Bauten übertragen war, ist Angestellter im Sinne des § 831.

RG. EisenbE. **22** 274. Stationsvorsteher und -Aufseher sind nicht Organe und Vertreter, sondern Angestellte der Eisenbahn i. S. d. § 831.

RG. **62** 31. Der Kreisbaumeister ist ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Kreises.

RG. JW. **06** 706. Ein Postassistent ist kein Vertreter des Postfiskus im Sinne der §§ 30 oder 31 BGB.

7. Beweis und Gegenbeweis. JDR. **4** § 831 Ziff. 5, **3** Ziff. 3.

RG. JW. **06** 196. Für den Entlastungsbeweis des § 831 kommt es allein darauf an, ob der Geschäftsherr bei der Bestellung des anderen zu der konkreten Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

RG. R. **06** 376. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für die Verrichtung des hierzu Bestellten wird nicht durch die Möglichkeit aufgehoben, daß trotz der Beobachtung der ihm obliegenden Sorgfalt der Schaden entstanden sein könnte. Befreit wird er vielmehr nur durch den Nachweis, daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Nur die Unabwendbarkeit des Schadens befreit von der Verantwortung. Die Einfachheit der übertragenen Arbeit entbindet nicht von der Prüfung des zu einer Verrichtung Bestellten bei der Auswahl. Es kommt nicht bloß auf die Fähigkeit des Angestellten zur entsprechenden Vornahme der Verrichtung, sondern auch in gleicher Weise auf die Verlässigkeit desselben an.

WürttZ. **06** 121 ff. (LG. Ulm) (mitgeteilt von Schefold, s. o. Ziff. 6 d). Der Exkulpationsbeweis ist nicht geführt, wenn als Fronmeister (zur Beaufsichtigung von Brücken) eine Person gewählt wird, welcher alle technischen Kenntnisse abgehen; zum mindesten hat die anstellende Gemeinde dem Fronmeister über

seine Aufgaben und Pflichten in Beaufsichtigung und Instandhaltung von Brücken eine sachgemäße Instruktion zu geben. Vgl. zu diesem Urteil Schefold 124.

RG. R. **06** 1376. Entlastungszeugen sind sachverständige Zeugen, es ist daher nicht die Angabe einzelner Tatsachen als Beweisthema erforderlich.

RG. JW. **06** 199. Es ist zuzugeben, daß der in der Begründung des Berufungsurteils allein sich vorfindende Satz: es sei erwiesen, daß F. seit dem Jahre 1894 im Dienste des Beklagten M. stehe und sich hier stets zuverlässig gezeigt habe, der konkreten Beweispflicht, wie sie der erkennende Senat in wiederholten Entscheidungen (vgl. insbes. **RG. 59** 203, JW. **04** 288 Nr. 8, 361 Nr. 17, 572 Nr. 2) in Auslegung des § 831 BGB. dem beklagten Geschäftsherrn zu seiner wirksamen Entlastung von der Haftung für den von seinem Angestellten rechtswidrig angerichteten Schaden auferlegt hat, wenig zu entsprechen scheint.

8. R. **06** 1195 Ziff. 2840 (Frankfurt). Der § 831 BGB. trifft nur den Fall, daß der zur Verrichtung Bestellte selbständig handeln soll und handelt und dabei den Schaden verursacht, nicht auch den Fall, daß der Geschäftsherr bei der Handlung mitwirkt und insbesondere dann nicht, wenn der Geschäftsherr vor dem Eintritt des Schadens in der Lage war, zu entscheiden, ob die Handlung vorgenommen werden sollte oder nicht und diese Prüfungsmöglichkeit ablehnt, sich auf die Prüfung durch seinen Angestellten verlassen hat. Ebenso R. **06** 1195 Ziff. 284 (Frankfurt).

9. Einzelne Fälle. JDR. **4** § 831 Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 5.

a) Hertzer, EisenbE. **22** 407 ff., 410 (s. o. § 676 Ziff. 3). Für einen außerkontraktlichen Rat haftet die Eisenbahn verschieden, je nachdem es sich um einen verfassungsmäßigen Vertreter oder einen sonstigen Angestellten handelt. Für die ersteren haftet sie schlechthin, für die letzteren unter den Voraussetzungen des § 831. Braucht die Eisenbahn gemäß § 831 für den entstandenen Schaden nach § 831 nicht aufzukommen, so haftet der Beamte, der die Auskunft erteilt, vorausgesetzt, daß er hierbei die ihm den Fragendem gegenüber obliegende Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt.

b) Haftung bei der Auswahl eines Kutschers.

RG. BayRpflZ. **06** 208. Das Mindeste, was von einem Dienstherrn bei der Auswahl seines Angestellten verlangt werden kann, ist, daß er sich dessen Zeugnisse vorweisen läßt. Besondere Sorgfalt ist von einem Kutschereibesitzer bei der Auswahl eines Kutschers anzuwenden. Bei einem Lastfuhrmann ist nicht der gleiche Maßstab hinsichtlich der Fahrkunst und der Intelligenz anzulegen wie bei dem Lenker von Personenfahrzeugen. Immerhin muß aber auch der Lastfuhrmann die entsprechende Übung im Fuhrwesen und persönliche Zuverlässigkeit besitzen, und hierüber soll sich der Fuhrherr vor Anstellung des Kutschers vergewissern. (Vgl. JDR. **3** § 831 Ziff. 5g.) **RG.** DJZ. **06** 1206.

RG. SächsRpflA. **06** 223. Der Fuhrwerksbesitzer, der sein von seinem Kutscher gelenktes Gefährt selbst benutzt, ist zum Einschreiten verpflichtet, wenn er wahrnimmt, daß der Kutscher zu schnell oder sonst unvorsichtig fährt.

R. **06** 936 (Cöln). Bei Bestellung eines Kutschers wird man namentlich eine Prüfung dahin verlangen müssen, ob der Ausgewählte eine nüchterne oder eine dem Trunke ergebene Persönlichkeit ist. Die Verpflichtung zu sorgfältiger Auswahl schließt ferner die Pflicht ein, fortgesetzt zu erwägen, ob eine zu dauernder Verrichtung früher bestellte Person auch gegenwärtig hierzu befähigt ist; der Geschäftsherr hat daher nach den Umständen auch zu beweisen, daß der Bestellte die erforderlichen Eigenschaften auch zur Zeit der Schadenszufügung noch hatte.

R. **06** 936 (Colmar). Bei der Auswahl eines Kutschers für eine in einer Großstadt zu benutzende Equipage kommt es nicht bloß auf dessen Fertigkeit in

der Führung des Wagens und auf die Gewissenhaftigkeit in der Behandlung der Pferde, sondern auch darauf an, ob er genug Besonnenheit und Geistesgegenwart besitzt, um sich in kritischen Situationen schnell und richtig zurechtzufinden und ob er sich der ihm nicht bloß gegenüber seiner Dienstherrschaft, sondern auch gegenüber Dritten obliegenden Verantwortlichkeit bewußt ist. Ein Rechtsanwalt, der fahrlässig eine nach dieser Richtung mangelhaft veranlagte Persönlichkeit zu seinem Kutscher bestellt, kann von sich nicht mit Grund behaupten, bei seiner Auswahl mit einer den Erfordernissen des Verkehrs Rechnung tragenden Sorgfalt vorgegangen zu sein.

BayRpflZ. **06** 446 (Zweibrücken). Zur Sorgfalt bei der Auswahl eines Fuhrknechtes gehört Einsicht in die Dienstbücher oder Arbeitszeugnisse, Erkundigung bei den früheren Dienstherrschaften. Die einzige Beurteilung des Knechtes durch einen früheren Dienstherrn genügt, weil zu allgemein, nicht, um ein Urteil zu ermöglichen.

c) Haftung des Eigentümers eines Automobils für seinen Wagenführer. Vgl. IDR. **4** Ziff. 6 b, **3** Ziff. 5 b.

RG. R. **06** 937. Es wird daran festgehalten (vgl. IW. **05** 287, IDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9 bb), daß der Besitzer eines Automobils oder eines sonstigen Gefährts, wenn er dessen Leitung einem tüchtigen und als umsichtig und zuverlässig erprobten Manne übertragen hat, auch dann nicht zu dessen Leitung und Beaufsichtigung verpflichtet ist, wenn er selbst das Gefährt benutzt.

RG. PuceltsZ. **06** 449. Der Besitzer eines Automobils, welcher die Leitung einem dazu qualifizierten Manne übertragen hat, ist auch dann nicht zu dessen Leitung und Beaufsichtigung verpflichtet, wenn er selbst das Automobil benutzt. Nur wenn er selbst wahrnimmt, daß der Führer vorschriftswidrig fährt, muß er eingreifen und das verhindern (**RG.** IW. **05** 287). Vgl. BayRpflZ. **06** 298 (Bamberg). S. auch o. zu § 254 Ziff. 10 b.

d) **RG.** EisenbE. **23** 56. Die Straßenbahn haftet für das Verschulden ihres Wagenführers, wenn sie bei der Anstellung nur die technische Qualifikation, nicht auch die persönliche Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit prüft. Wenn das Berufungsgericht den Nachweis der Sorgfalt bei der Auswahl durch die Berufung auf die zehntägige Probezeit des Wagenführers und die von diesem mit dem Prädikat „gut" bestandene Fahrerprüfung nicht für geführt erachtet, so kann ihm darin nicht entgegengetreten werden. Denn dieser Beweisantritt ist in der Tat nur geeignet, die technische Qualifikation des Wagenführers, seine Fahrgewandtheit darzutun. Dagegen fehlt es für die persönliche Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit des bezeichneten Angestellten an jedem Nachweis der Sorgfalt der Beklagten bei seiner Anstellung, der im vorliegenden Falle um so notwendiger war, als sich der Wagenführer erst kurze Zeit im Dienste der Beklagten befand, sie sich selbst von diesen Eigenschaften desselben zu überzeugen vor dem Unfall also nur wenig Gelegenheit hatte.

e) **RG.** IW. **06** 706. Sorgfalt des Postfiskus bei der Auswahl eines Postassistenten, der eine die Leitungsdrähte einer Straßenbahn kreuzende Fernsprechleitung an einem belebten Platze einer verkehrsreichen Industriestadt verlegen sollte. Es genügt nicht, daß der Fiskus sich lediglich auf die Postassistentenprüfung und die Zeugnisse des Assistenten beruft. Es muß behauptet werden, daß der Beamte vor dem Tage des Unfalls, sei es selbständig, sei es unter Aufsicht, eine Fernsprechleitung unter Verhältnissen, wie sie im gegebenen Falle vorlagen, verlegt und sich dabei bewährt hat.

f) ZVersWes. **06** 253 (LG. Hamburg). Der hamburgische Staat haftet nicht für das Versehen eines Staatslotsen aus § 831; es kommt höchstens Art. 77 EGBGB. in Betracht.

g) α. **RG.** R. **06** 505. Ein Rechtsanwalt, dessen Bureauvorsteher auf eine Anfrage wegen der Sicherheit einer Hypothek eine fahrlässige unwahre Angabe gemacht hat, ist für den entstandenen Schaden nicht haftbar, wenn er dem Bureauvorsteher keinen Auftrag, für ihn dem Publikum Rat zu erteilen, gegeben hatte. Das Bestehen allgemeiner Vermutung der Vollmacht, der zufolge der Bureauvorsteher eines Rechtsanwalts ohne Zustimmung desselben über Rechtsangelegenheiten an seiner Statt mit dem Publikum zu verhandeln befugt ist, läßt sich nicht begründen. S. auch o. zu § 278 Ziff. 4b.

β. KGBl. **06** 51 (LG. I Berlin). Der Rechtsanwalt hat nicht die Absendung eines von ihm verfügten und kanzellierten Freigabeschreibens zu überwachen. Wird ein solches Schreiben nicht abgesandt, so kann der Rechtsanwalt sich von der Haftung durch den Nachweis befreien, daß er bei Auswahl seines Bureauvorstehers die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe.

h) **RG.** JW. **06** 427. Über die Frage der Haftbarkeit des Provinzialschulkollegiums wegen Nichtbeaufsichtigung des Schuldieners durch den Gymnasialdirektor.

i) ZVersWes. **06** 434 (Cöln). § 3 BinnenSchG. stellt im Verhältnis zum § 831 ein Spezialgesetz dar. Sind seine Voraussetzungen gegeben, so bleibt für die Anwendung der lex generalis des § 831 kein Raum.

k) HessRspr. **7** 60 (Darmstadt). Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn bei ungehöriger Benutzung einer öffentlichen Straße.

l) **RG.** BayRpflZ. **06** 81 und 278.

§ 832. 1. *Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach BGB., SeuffBl. **06** 103 ff. § 832 setzt eine strengere Haftpflicht der Eltern wegen mangelhafter Beaufsichtigung der Kinder fest, als sie das bisher im Deutschen Reiche geltende Rechte kannte. Insbesondere ist die Beweislast gegenüber dem bisher geltenden Rechte zuungunsten der Eltern geändert, da dieselben den Entlastungsbeweis dafür führen müssen, entweder daß sie ihrer Aufsichtspflicht genügt haben oder daß der Schaden auch bei gehöriger Erfüllung derselben entstanden sein würde. Die schwierigste Frage ist, wie weit die Aufsichtspflicht geht. Praktisch kommt dies insbesondere bei den Spielen der Kinder zur Geltung. Das RG. hat zu dieser Frage in verschiedenen Entsch. Stellung genommen (so insbes. **50** 60 ff., JW. **04** 204, **05** 21, GruchotsBeitr. **46** 949) und einen sehr strengen Maßstab angelegt. Zu weit dürfte es aber doch gehen, wenn ein Urt. des RG. v. 13. 3. 02 (GruchotsBeitr. **46** 949) die Eltern aus § 832 haftbar macht, weil ein 14 jähriger Sohn im elterlichen Garten unter Benützung eines mit einer Schrotkugel geladenen Gewehrs nach der Scheibe schoß, wobei die Kugel an der Gartenmauer abprallte und ein Kind in einem Nachbargarten verletzte. An sich wird man ja mit Rücksicht auf die Entwickelung unserer modernen Verkehrs- und Lebensverhältnisse und deren fortwährend schwierigere Gestaltung eine strenge Auffassung der Aufsichtspflicht der Eltern nur billigen können.

2. SchlHolstAnz. **06** 305 (Kiel). Um die Ersatzpflicht auf Grund des § 832 BGB. auszuschließen, bedarf es nicht der fortdauernden Beaufsichtigung eines sonst wohlerzogenen Kindes. Es ist aber sofortiges Einschreiten des Aufsichtspflichtigen erforderlich, wenn er Kenntnis davon bekommt, daß das Kind ein für andere Personen gefahrdrohendes Spiel treibt.

3. *Kuhlenbeck, ZBlFG. **7** 271 ff. Erörtert wird der Begriff geistiger Zustand (§ 832) als dauernde seelische Störung der Art, daß der Kranke der Beaufsichtigung bedarf; Gemeingefährlichkeit ist nicht erforderlich.

4. OLG. **12** 114, DJZ. **06** 544, PrVolksschulA. **5** 113 (KG.). Darin, daß der Beklagte mit seiner ganzen Schule den Ausflug unternahm, liegt keine Fahrlässigkeit. Wie bei dem Unterrichte kann auch bei dem Schulausfluge sich der

Lehrer nicht auf einen einzelnen kleinen Kreis der Schüler beschränken, sondern er muß alle seiner Obhut anvertrauten Schüler zur Teilnahme hinzuziehen, wenn er auch hierbei noch weniger jeden einzelnen Schüler fortdauernd überwachen kann. Er handelt nicht fahrlässig, wenn er sich darauf verläßt, daß die Schüler seinen allgemeinen Anweisungen Folge leisten werden. — Wenn die Schulaufsicht auch in erster Linie den Zweck der Erziehung der Schüler verfolgt, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß die Aufsichtspflicht des Lehrers aus BGB. § 832 auch die Verhütung der Beschädigung dritter Personen, beispielsweise von Mitschülern, während des Schulunterrichts bezweckt. Auch die Beaufsichtigung durch die Eltern hat in erster Linie erzieherische Zwecke. Für die Dauer des Schulunterrichts aber sind die Eltern nicht verpflichtet, die Aufsicht über ihre der Schule anvertrauten minderjährigen Kinder auszuüben. Hier treten die Lehrer an die Stelle der Eltern. Anderenfalls würde für einen Schaden, der durch ein minderjähriges, aus § 828 BGB. persönlich nicht verantwortlich zu machendes Kind während der Schulzeit einem Dritten zugefügt ist, eine Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen überhaupt nicht bestehen. Die Eltern würden sich jedenfalls mit Erfolg darauf berufen können, daß sie ihrer Aufsichtspflicht durchaus Genüge getan haben, indem sie das Kind der Schule anvertrauten. Der Umstand, daß auch großjährige Kinder der Schulaufsicht unterstehen, schließt nicht aus, daß diese Aufsichtspflicht betreffs der Minderjährigen eine weitergehende, auch die Verhütung von Schadenszufügungen bezweckende ist. Da Schulausflüge auch Veranstaltungen zu Schulzwecken sind, lag dem Beklagten die Aufsichtspflicht über seine Schüler im Sinne des § 832 BGB. ob; er muß daher nachweisen, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre.

5. OLG. **12** 115, PucheltsZ. **06** 85 (Colmar). S. schon JDR. **4** § 832 Ziff. 4.

§ 833. 1. Begriff des Tierhalters.

a) *Schumacher. Tierhalter ist nicht nur der Eigentümer, sondern jeder, welcher in eigenem Interesse, wenn auch nur vorübergehend, die Verfügungsgewalt über ein Tier hat. Es ist hierbei gleichgültig, ob die Verfügungsgewalt mit oder gegen den Willen des am Tiere sonst Berechtigten entstanden ist und ob sie mit oder ohne Entgelt erlangt wurde.

b) **RG. 62** 79, JW. **06** 62, DJZ. **06** 261. Das Wesen des Haltens eines Tieres ist darin zu erblicken, daß das Tier von demjenigen gehalten wird, der es in seinen Wirtschaftsbetrieb oder — im weitesten Sinne verstanden — in seinen Haushaltungsbetrieb eingestellt hat, um es auf diese Weise dauernd seinen Zwecken dienstbar zu machen. — Die Haftpflicht des bisherigen Tierhalters erstreckt sich nicht auf die Zeit, für welche er sich der tatsächlichen Herrschaft über das Tier vorübergehend dadurch entäußert, daß er es einem anderen ohne Entgelt zu dessen eigenem selbständigen Gebrauch übergibt und dieser andere das Tier in seinen Wirtschaftsbetrieb einstellt.

c) **RG.** BadRpr. **06** 101 schließt sich hinsichtlich des Begriffs des Tierhalters der bisherigen Rechtsprechung an. Im vorliegenden Falle ist das Vorhandensein der Tierhaltung verneint: Der Beklagte, welcher von einem Pferdehändler ein Pferd kaufen wollte, hatte den Wunsch geäußert, mit dem Tiere eine Probefahrt zu machen. Ein Fuhrknecht des Beklagten machte mit dem Oberknecht des Veräußerers eine Probefahrt. Am Nachmittage desselben Tages unternahm ein anderer Fuhrknecht des Beklagten mit dem Pferde eine Fahrt, wobei das Pferd durchging. Das RG. führt aus: Der Beklagte hatte die Sorge für das Tier nicht übernommen; nur zu einer Probefahrt sollte das Pferd benutzt werden, aber selbst während der Probefahrt, die ebenso im Interesse des Verkäufers wie

des Käufers lag, sollte das Tier der Obhut des Dienstpersonals des Verkäufers unterstehen. Daß der Oberknecht, den der Veräußerer mitgegeben hatte, in der Erwartung, er werde das Pferd nach einer Probefahrt von einigen Stunden heimbringen, wegging, ohne das Pferd mitzunehmen und daß das Pferd alsdann über Mittag in der Stallung des Beklagten ohne dessen Wissen und Willen untergebracht und gefüttert wurde, ist nicht geeignet zur Begründung der Annahme, der Beklagte sei am Nachmittage Halter des Tieres gewesen. Die Klage ist auch nicht nach §§ 823, 831, 834 begründet.

d) SchlHolstAnz. **06** 260 (Kiel). Über den Begriff des Tierhalters wie **RG.** **52** 117, **55** 163, HansGZ. **06** Beibl. 235 (Hamburg).

e) α. SeuffA. **61** 270, R. **06** 51 (Cassel). Halter eines der Gemeinde gehörenden Gemeindebullens, dem eine Person auf Grund eines Vertrags mit der Gemeinde Stallung, Wartung und Fütterung gegen eine jährliche Vergütung hierfür zu gewähren hat, ist die Gemeinde.

DJZ. **06** 152 (Karlsruhe). S. schon JDR. **3** § 833 Ziff. 7c (Tierhalter bei einem Gemeindefarren).

β. HansGZ. **06** Beibl. 235 (Hamburg) Die Landwirtschaftskammer, welche kommissionsweise den Absatz von Schlachtvieh betreibt, als Tierhalter.

f) **RG.** JW. **06** 466, DJZ. **06** 1025. Weder aus den Grundsätzen des bürgerlichen noch denen des öffentlichen Rechtes läßt sich eine Befreiung des Tierhalters von der Haftung des Tierschadens mit Rücksicht darauf herleiten, daß der Schaden anläßlich oder während einer Musterung entstanden ist, zu welcher der Tierhalter in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zufolge behördlicher Anordnung das Tier zu gestellen hatte (JW. **04** 408, JDR. **3** § 833 Ziff. 7d).

g) R. **06** 684 (Colmar). Tierhalter ist auch derjenige, der ein auf sein Anstehen seinem Schuldner abgepfändetes, vom Gerichtsvollzieher in seinen Gewahrsam verbrachtes Tier in seinem Haushalte verwendet.

h) SchlHolstAnz. **06** 289, SeuffA. **61** 311 (München). Der Stallwirt, in dessen Stallung ein eingestelltes Pferd ein anderes verletzt, haftet nicht als Tierhalter.

2. ThürBl. **53** 258 (Jena). Der Käufer, auf welchen trotz Eigentumsvorbehalts seitens des Verkäufers die Gefahr übergeht, kommt gleichwohl als „Verletzter" i. S. des § 833 in Betracht und kann Ersatzansprüche geltend machen.

3. Kausalzusammenhang (durch ein Tier). JDR. **4** § 833 Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5 u. 6.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 973. Die Rechtsprechung hat es von jeher abgelehnt, den Kausalitätsbegriff in der äußersten Schärfe, wie sie der philosophische Ursachenbegriff erfordert, anzuwenden. Vielmehr läßt sie, wenn es sich um eine Reihe zeitlich sich folgender und äußerlich miteinander im Zusammenhange stehender Vorgänge handelt, das vorangehende Ereignis nur dann als Ursache des folgenden gelten, wenn es unter gleichen Verhältnissen den tatsächlich eingetretenen Erfolg auch nach den Erfahrungen des täglichen Lebens notwendig oder doch regelmäßig zur Folge hat. Nur unter dieser Voraussetzung kann, wenn es sich um menschliches Tun handelt, nach der subjektiven Seite von der Voraussehbarkeit des Erfolges und damit von der Zurechenbarkeit zum Verschulden des Täters gesprochen werden. Die gleichen Grundsätze müssen aber bei Anwendung des § 833 BGB. Berücksichtigung finden, wenn zur Entstehung des Schadens das in einem gewissen Zusammenhange stehende Verhalten mehrerer Tiere beigetragen hat. Hat hierbei ein Tier auf das zweite Tier mit mechanischer oder mit einer seine Sinne unwiderstehlich gefangennehmender Gewalt eingewirkt, so hat das Verhalten des zweiten Tieres als selbständiges Mittelglied aus der Kausalitätsreihe überhaupt auszuscheiden. Umgekehrt kann es nicht genügen, ein kausales Verhalten des

ersten Tieres immer schon dann anzunehmen, wenn es dem zweiten Tiere nur einen Anlaß oder Anreiz zu demjenigen willkürlichen Tun gegeben hat, welches sich schließlich als schadenbringend erweist. Nur wenn die Einwirkung auf die Instinkte des anderen Tieres kräftig genug ist, um nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, je nach der Natur der in Betracht kommenden Tiergattungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein bestimmtes Verhalten des letzteren auszulösen, wird davon gesprochen werden können, daß der schädigende Erfolg auch durch das zuerst tätig gewordene Tier hervorgerufen worden sei (**RG. 60** 69).

b) **RG.** JW. **06** 349. Damit das Tier als Ursache des eingetretenen Erfolges angesehen werde, ist keineswegs erforderlich, daß es selbst oder der von ihm gezogene Wagen den Kläger körperlich berührte; es genügte auch, daß der Hund in Betätigung seiner tierischen Natur einen psychischen Eindruck erzeugte. Der Kausalverlauf bleibt auch ein ununterbrochener, wenn der Kläger unter dem Drucke der in ihm erzeugten Angst kraft eigenen Entschlusses vor dem Tiere floh. Hat das Tier eine Gefahr heraufbeschworen, die einen anderen berechtigterweise zu einer gewissen Abwehr veranlaßt so bleibt das Tier kausal auch für den durch diese Abwehr eingetretenen Schaden.

c) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 668. Eine unmittelbare Einwirkung des Tieres selbst ist nicht erforderlich, vielmehr genügt auch eine mittelbare Verursachung unter der Voraussetzung, daß ein kausaler Zusammenhang im Rechtssinne — eine adäquate Verursachung — gegeben ist.

WürttJ. **18** 20 (Stuttgart). Eine unmittelbare Einwirkung des Tieres auf den Körper des Verletzten ist nicht erforderlich.

d) RheinA. **102** I 107 (Cöln). Die Haftung aus § 833 ist nicht gegeben, solange ein Pferd unter dem Einflusse des Kutschers steht (**RG. 50** 180, JDR. **1** Ziff. 6a). Eine Haftung aus § 831 ist aber auch dann nicht gegeben, wenn der Kutscher sich vom Pferde entfernt, um die Bremse am Wagen anzuziehen und in diesem Augenblick ein Kind unerwartet vom Bürgersteig auf die Straße läuft und unter die Räder gerät.

e) **RG.** JW. **06** 739. Haftung des Tierhalters für Beißen und Schlagen des Tieres.

f) HansGZ. **06** Beibl. 181, ZVersWes. **06** 426 (Hamburg). Der Kausalzusammenhang wird dadurch nicht unterbrochen, wenn der Verletzte beim Durchgehen eines Pferdes aus dem Wagen springt.

g) Einzelne Fälle.

α. **RG.** BayRpflZ. **06** 460. Kausalzusammenhang ist in folgendem Falle angenommen: Kläger fuhr ein junges Pferd des Beklagten ein. Er hatte es zusammen mit einem alten Pferde vor einen Brückenwagen gespannt. Das Pferd scheute und schlug nach hinten so hoch aus, daß die Fahrenden fürchten mußten, getroffen zu werden. Sie sprangen ab, hierbei verletzte sich der Kläger den Fuß. RG. führt aus, daß die durch den Sprung hervorgerufene Verletzung von dem Tiere herrühre.

β. **RG.** R. **06** 244. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Scheuen des Pferdes und dem Um- oder Abstürzen des Wagens ist nicht dadurch unterbrochen oder ausgeschlossen, daß der Kutscher das scheu gewordene Pferd zurückreißt, um den drohenden Um- oder Absturz zu verhindern, gerade hierdurch aber ihn herbeiführt.

γ. BayRpflZ. **06** 386 (Bamberg). Der Klagegrund im § 833 ist gegeben, weil der Unfall dadurch entstand, daß infolge eines Fliegenstichs das Sattelpferd des Beklagten einen Sprung machte und dadurch die Maschine, von welcher Kläger nur 20—25 cm entfernt kniete, sich gegen den Kläger bewegte. Es ist also der Schaden durch die Tätigkeit eines Tieres herbeigeführt worden, die sich

als Ausfluß der tierischen Natur, als ein durch eine äußere Reizung veranlaßtes willkürliches Tun des Tieres darstellt.

δ. R. **06** 505 (Cassel). Die Haftung des Tierhalters ist auch dann begründet, wenn ein Hund einem Radfahrer entgegengesprungen und dieser dadurch zu Falle gekommen ist, auch wenn der Hund ihn oder das Rad nicht berührt hat.

BadRpr. **06** 197 (LG. Mosbach). Haftung des Halters eines Hundes, welcher gegen einen Radfahrer lief, diesen umwarf und verletzte.

4. Willkürliche Tätigkeit des Tieres. IDR. **4** § 833 Ziff. 8, **3** Ziff. 9, Ziff. 9.

a) RG. 61 316. Ein willkürliches Tun liegt vor, wenn das Tier nicht der leitenden Hand und dem ihm aufgezwungenen Willen eines Menschen folgt, auch nicht unter einem unwiderstehlichen Zwange tätig war. Von einem solchen läßt sich nur dann reden, wenn eine Einwirkung außergewöhnlicher Art vorliegt, durch die das besondere tierische Tun überhaupt ausgeschaltet wird.

b) RG. R. **06** 860. Der Tierhalter haftet für den durch Scheuen seiner Pferde verursachten Schaden, wenn sich dieses Scheuen aus der Schreckhaftigkeit der Tiere und damit aus einer Eigenschaft dieser Tiergattung erklärt (Getöse einer Lokomotive als Ursache). Mitverschulden und allenfalls Mithaftung eines Dritten schließt den Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den Tierhalter nicht aus.

c) BayRpflZ. **06** 386 (Bamberg). Die Ersatzpflicht nach § 833 BGB. setzt voraus, daß der Schaden durch ein Tier verursacht worden ist. Es muß ein willkürliches Handeln, d. i. eine Kraftentfaltung des Tieres im Sinne eines Tuns vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß der Schaden unmittelbar durch das Tier verursacht worden ist; es genügt vielmehr auch ein mittelbarer Kausalzusammenhang.

d) WürttZ. **18** 20 (Stuttgart). Wird ein Pferd durch Auslassen von Dampf aus einer Lokomotive scheu, so ist kein unwillkürliches Verhalten des Pferdes gegeben, sondern ein aus der tierischen Natur entspringendes.

e) BayRpflZ. **06** 67 (Augsburg). Eine die Haftpflicht ausschließende Einwirkung auf das Tier liegt vor, wenn von einem Kinde ein Pferd auf die Hinterbeine geschlagen wird, so daß das Pferd ausschlägt.

R. **06** 1437 (Cassel). Wenn ein Pferd von einem herabfallenden Telephondraht getroffen wird, hierdurch erschreckt, fortläuft und dabei einen Schaden anrichtet, so haftet für diesen Schaden der Eigentümer des Pferdes als Tierhalter.

5. Ausschluß der Haftung durch Vertragsverhältnis. Vgl. IDR. **4** § 833 Ziff. 9, **3** Ziff. 10.

a) Hellwig, DIZ. **06** 1289. Eine Abschwächung der Härte des § 833 ergibt sich aus den Grundsätzen der Gesetzeskonkurrenz. Liegt eine Konkurrenz von Gesetzesbestimmungen vor und ist eine von diesen die lex specialis, so schließt sie die lex generalis aus und bildet die alleinige Norm für die Beurteilung des Tatbestandes. Dieser Grundsatz gilt insbesondere dann, wenn eine Person, die mit dem Schädiger in einem Vertragsverhältnisse steht, durch ein Ereignis Schaden erleidet, das in den Kreis derjenigen Ereignisse fällt, deren Bedeutung sich nach Vertragsrecht regelt. Er gilt hier positiv wie auch negativ. Positiv: Ist durch Beschädigung der Mietsache ein Vertragsanspruch begründet, so ist nicht zugleich ein Deliktsanspruch vorhanden. Negativ bedeutet der Grundsatz folgendes: Ist die Handlung eine solche, welche in den Kreis der vom Vertragsrechte geregelten Ereignisse fällt, muß aber nach den in ihm enthaltenen Normen der verletzte Vertragsteil die Gefahr eines bestimmten Ereignisses tragen, so kann der Verletzte nicht im Widerspruche hiermit nach dem Rechte der unerlaubten Handlungen Erlaß verlangen. — Der Fuhrmann, der entgeltlich oder unentgeltlich

einen Transport von Personen oder Sachen übernommen hat, haftet wegen des Schadens, der die Personen oder Sachen beim Transporte trifft, nur nach Vertragsrecht, also nur, wenn ihn oder einen seiner Leute ein Verschulden trifft. Dies gilt sowohl dann, wenn er den Transport mit einem Handwagen oder Kraftfahrzeug, als auch dann, wenn er ihn mit einem von Pferden gezogenen Wagen ausführt. Seine Verantwortlichkeit wird in dem letzten Falle nicht durch die Grundsätze über die Tierhaftung gesteigert. Ist die Verwendung von Tierkräften vertragsmäßig, so trägt der Geschäftsherr die Gefahr des Zufalls, der auf dem Transport ihn oder die Ware trifft. Die Haftung für den Tierschaden ist Haftung aus „unerlaubter Handlung". Der Ausschluß dieser Haftung durch die für das Verhältnis maßgebenden Vertragsnormen kommt auch dem Transporteur zugute. Von diesem Gesichtspunkt ergibt sich das Resultat, welches das RG. in der letzten Zeit anstrebt.

b) SeuffA. **61** 389 (Dresden) s. schon JDR. **4** § 833 Ziff. 9d.

c) R. **06** 376 (Colmar). Der Ansicht, der Tierhalter könne nicht auf Grund der allgemeinen Gefährdungshaftung, sondern nur auf Grund der besonderen Regelung des betreffenden Verhältnisses von demjenigen in Anspruch genommen werden, der auf Grund eines solchen Rechtsverhältnisses zu einem Tiere in eine tatsächliche Beziehung tritt, die für ihn eine besondere Tiergefahr begründet, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden, da sie im Gesetze keine ausreichende Stütze findet. Die Annahme, daß der § 833 nicht Platz greife, wenn der Verletzte zu dem Tierhalter in einem Vertragsverhältnisse der vorbezeichneten Art steht, würde zu dem Ergebnisse führen, daß der mit der Wartung eines Pferdes beauftragte Knecht, wenn er ohne eigenes Verschulden von ihm verletzt wird, einen Anspruch gegen seinen Dienstherrn nur in dem Falle erheben könnte, wenn diesem selbst die Versäumnis einer Vertragspflicht zur Last fiele. Er würde also ungünstiger als jeder Dritte gestellt sein, der bei Verletzung durch das Tier einen Schadensersatzanspruch gegen den Tierhalter ohne Rücksicht darauf erwirbt, ob diesen ein Verschulden trifft oder nicht. Dieses Ergebnis widerspricht der Tendenz des Gesetzes, welche dahin geht, die dem Dienstherrn gegen den Dienstpflichtigen obliegenden Verpflichtungen zu steigern, nicht, sie zu mindern. Da aber andererseits die Möglichkeit besteht, die Haftung aus § 833 vertragsmäßig auszuschließen, muß im einzelnen Falle nach dem Inhalte des zwischen den Parteien bestehenden Vertrags beurteilt werden, ob diese Haftung nach der Absicht der Parteien ausgeschlossen werden sollte oder nicht.

d) **RG.** R. **06** 443. Ob die Haftung des Tierhalters aus § 833 BGB. durch Vertrag ausgeschlossen wurde, ist im einzelnen Falle aus dem Inhalte des betreffenden Vertragsverhältnisses festzustellen: so wird ein Ausschluß der Haftung nicht anzunehmen sein im Verhältnisse des Viehhändlers zum Viehtreiber, welch letzterer den Transport eines Tieres unter Übernahme der Aufsicht über dasselbe während des Transports besorgt.

e) HansGZ. **06** Beibl. 181, ZVersWes. **06** 426 (Hamburg). Beklagter hatte einer anderen Person aus Gefälligkeit Pferd und Wagen geliehen. Der Ehemann der Klägerin, welcher zur Hilfe der anderen Person mitfuhr, war infolge Durchgehens des Pferdes getötet. Das OLG. hat den Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Ein Verlangen seitens des Beklagten an die Mitfahrenden, auf jede Haftung für die Folgen irgendwelcher Unfälle während der Fahrt zu verzichten, ist nicht gestellt worden. Eine stillschweigende Willenseinigung der an der fraglichen Fahrt Beteiligten über eine vertragsmäßige Ausschließung der Haftung des Beklagten kann aus den Umständen nicht entnommen werden, wie dies von **RG. 58** 410 u. JW. **05** 143 angenommen ist. Die Erwägungen des OLG. Dresden, SächsA. **15** 536 (JDR. **4** § 833 Ziff. 9 a), welche in einem

ähnlich liegenden Falle zu der Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf die Haftung gemäß § 833 geführt haben, können als zutreffend nicht erachtet werden, sie mögen geeignet sein, einen Verzicht auf die Geltendmachung eines bezüglichen Anspruchs zu begründen, nicht aber eine dem Eintritte eines Schadens voraufgegangene stillschweigende Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung des Tierhalters für einen durch sein Tier angerichteten Schaden.

f) ElsLothJZ. **06** 456 (Colmar). Der Tierhalter ist schadensersatzpflichtig für eine Verletzung, die einem von ihm zum Mitfahren auf dem Bocke seines Wagens Eingeladenen dadurch entstanden ist, daß infolge der Belästigung durch Mücken das Pferd ausgeschlagen und den Fahrgast getroffen hat. Der Tierhalter kann sich von der Haftung entbinden lassen. Dies kann auch stillschweigend geschehen. Die Feststellung hierüber liegt dem Richter auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse ob.

SeuffA. **61** 39, R. **06** 684 (Cassel). Der Tierhalter haftet auch dann für den durch das Tier angerichteten Schaden, wenn die Beförderung der verletzten Person mit dem Fuhrwerke des Tierhalters, während deren die Verletzung erfolgte, lediglich aus Gefälligkeit und unentgeltlich erfolgte.

g) DJZ. **06** 1379, BadRpr. **06** 193, PuceltsZ. **06** 617 (Karlsruhe). Bei einem B e s c h ä l v e r t r a g ist anzunehmen, daß der Deckhengstbesitzer auch ohne ausdrückliche Erklärung sich des Rechtes begibt, den Halter der Stute haftbar zu machen. (Vgl. JDR. **4** § 833 Ziff. 9 e.)

RG. 61 54. S. schon JDR. **4** § 833 Ziff. 9 f.

6. M i t w i r k e n d e s V e r s c h u l d e n. S. JDR. **4** § 833 Ziff. 9, o. § 254 Ziff. 9.

DJZ. **06** 969 (KG.). Auch der Tierhalter darf einwandsweise für sich geltend machen, daß der Schaden in überwiegendem Maße von einem Angestellten des Beschädigten verursacht worden ist.

RG. JW. **06** 740. Verschulden des Stallknechtes.

7. M i c h e l, BayRpflZ. **06** 291 ff. Obgleich § 833 BGB. des Begriffs der höheren Gewalt nicht Erwähnung tut, sondern schlechthin die u n b e d i n g t e Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden statuiert, muß die strenge Haftung durch den Nachweis höherer Gewalt oder einer eigenen Verschuldung des Beschädigten gegebenenfalls wieder aufgehoben werden. Die Haftung des Tierhalters kann nur auf dem Verursachungsprinzipe fußen, das durch die höhere Gewalt in allen Fällen ausgeschaltet wird. Von einer Pflicht zur Haftung kann da nicht mehr gesprochen werden, wo die Macht fehlt, den Gefahren vorbeugend entgegenzuwirken.

8. PuceltsZ. **06** 394 (Cöln). Wenn ein Fuhrmann sich vom Pferde entfernt, um die Bremse anzuziehen und in diesem Augenblick ein Kind unerwartet vom Bürgersteig über die Straße läuft und unter ein Karrenrad gerät, so ist der Eigentümer des Fuhrwerks für den dem Kinde entstandenen Schaden weder nach § 833 noch nach § 831 ersatzpflichtig.

9. De lege ferenda.

v. T h u r, DJZ. **06** 389, L e n e l das. 626 zu dem Entwurfe der Novelle zum § 833.

*T r ä g e r, R. **05** 343, empfiehlt als g r u n d s ä t z l i c h e Änderung der Vorschrift über die Haftung des Tierhalters, dem § 833 folgenden zweiten Absatz hinzuzufügen:

> Entstand der Schaden durch die Verwirklichung einer Gefahr, der die getötete oder verletzte Person oder die beschädigte Sache infolge einer im Interesse des Geschädigten stattfindenden Verwendung des Tieres ausgesetzt war, so tritt die Ersatzpflicht — unbeschadet der Haftung des Tierhalters nach anderen gesetzlichen Vorschriften — nicht ein, vorausgesetzt, daß der Tierhalter die im

Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.

Ferner: Die Unfallversicherungsgesetzgebung auf das bisher nicht versicherungspflichtige Fahr- und Stallpersonal bei Pferde- und Viehhaltung auszudehnen,

wodurch an die Stelle des Schadensersatzanspruchs gegen den Tierhalter der bezüglich der Höhe des Betrags verminderte Anspruch gegen die Berufsgenossenschaft tritt. — Im übrigen ist jedoch die strenge Haftpflicht des Tierhalters, insbesondere dem Publikum gegenüber aufrechtzuerhalten, da sie nicht nur dem volkswirtschaftlichen Interesse entspricht, sondern sich als ein Gebot der Gerechtigkeit darstellt, überdies den sich gegen Tierschäden versichernden Tierhalter nur in geringfügiger Weise belastet. — Weiterhin empfiehlt derselbe Autor in seinem den Gegenstand ausführlicher erörternden Gutachten für den Deutschen Juristentag (28. DJT. II 115 ff.) eine Einschränkung der Haftpflicht in Beziehung auf den Umfang des Schadensersatzes durch Einschaltung des folgenden neuen Paragraphen:

§ 833a. Im Falle der durch ein Tier verursachten Tötung eines Menschen ist außer dem Anspruch auf Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung sowie des Vermögensnachteils, den der Getötete dadurch erlitten hat, daß während der Krankheit seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten war, ein Schadensersatzanspruch nur nach § 844 begründet.

Im Falle der durch ein Tier verursachten Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung ist außer dem Anspruche auf Ersatz der Kosten der Heilung ein Schadensersatzanspruch nur nach § 843 begründet.

Im Falle einer Sachbeschädigung ist der Schadensersatzanspruch der einzelnen Ersatzberechtigten auf den Höchstbetrag von 1000 M. beschränkt.

Abs. 1 u. 2 rechtfertigen sich durch die gleiche Bestimmung in den §§ 3, 3a HaftpflG., Abs. 3 aus der Billigkeitserwägung, daß, wer Sachen von besonders hohem Werte auf dem Transporte, im Schaufenster oder sonstwie der Gefahr, durch ein Tier beschädigt zu werden, aussetzt, in der Lage sein wird, sich selbst durch Versicherung zu decken. — Der Gesetzentwurf betreffend Änderung des § 833 BGB. v. 24. 2. 06 stellt sich nach den Ausführungen des Verf. als ein bedauerlicher Rückschritt in sozialer Hinsicht dar, als ein Rückschritt selbst gegenüber dem römisch-rechtlichen Standpunkte bezüglich der Haftung für unverschuldete Tierschäden. — Vgl. Träger, DWirtschZ. **06** 769 ff.

Vgl. das eingehende Gutachten von Marwitz über die gleiche Frage. Marwitz macht abändernde Vorschläge. Scherer, HirthsAnn. **06** 473.

§ 834. 1. **RG.** EisenbE. **22** 45 f. schon JDR. **4** § 834 Ziff. 1.

2. **RG.** JW. **06** 553, BayRpflZ. **06** 479. Ein allgemeiner Satz, daß derjenige, welcher die Verrichtung an einem Tiere vertraglich übernimmt, stets auch die damit unzertrennlich verbundenen Gefahren übernehme, sofern er die Übernahme nicht ausschließe, besteht nicht. Eine derartige Übernahme der Gefahr besteht bei dem Hufschmied nicht, der es übernimmt, ein ihm zugeführtes Pferd im Beisein des Tierhalters zu beschlagen. Der Tierhalter haftet ihm.

3. **RG.** R. **06** 117. Wenn ein Hufschmied, der das Beschlagen eines Pferdes vertragsmäßig übernommen, hierbei eine Verletzung durch das Tier erlitten hat, so ist zu prüfen, ob nicht die Haftung des Tierhalters aus § 833 BGB. durch den Vertrag als ausgeschlossen anzusehen ist. Auch wenn dies nicht der Fall ist, ist es nicht Sache des Tierhalters, zu seiner Exkulpation den Nachweis zu führen, daß der Kläger gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßen habe, sondern es liegt dem Gegner der Nachweis ob, daß er das Werk mit der ihm obliegenden Sorgfalt ausgeführt habe.

4. **RG.** NaumburgAK. **06** 22 s. schon JDR. **4** § 834 Ziff. 4.

RG. NaumburgAK. **06** 61 vgl. schon JDR. **4** § 834 Ziff. 2.

§ 835. PfälzRpr. **2** 59, BayRpflZ. **06** 441 (Zweibrücken). Dem Eigentümer eines durch jagdbare Säugetiere oder Fasanen beschädigten Grundstücks steht neben und außer der Klage des § 835 gegen den Jagdpächter eine auf § 823 Abs. 2 gestützte und den Schadensersatzanspruch auf den Verstoß gegen die eine Überhetzung des Wildes verbietenden Schutzgesetze gründende Klage nicht zu.

§ 836. 1. **RG.** PosMschr. **06** 166. Im § 836 Abs. 1 kommt es nicht darauf an, ob die fehlerhafte Einrichtung oder die mangelhafte Unterhaltung von jemand verschuldet ist. Der Beschädigte hat nur nachzuweisen, daß Einsturz oder Ablösung die Folge einer objektiv fehlerhaften Errichtung oder einer objektiv mangelhaften Unterhaltung des Gebäudes ist. Ist dieser Beweis erbracht, so ist es Sache des Besitzers, darzutun, daß er zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (§ 836 Abs. 1 Satz 2).

2. SchlHolstAnz. **06** 113 (Kiel). Bei dem Tatbestand des § 836 wird nicht gefordert, daß der Schaden unmittelbar durch den Einsturz oder die Ablösung der Teile des Werkes herbeigeführt wird, denn das Gesetz spricht von der Beschädigung durch Einsturz oder durch Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder Werkes, nicht aber von der Verletzung oder Beschädigung „durch das einstürzende Gebäude" oder „durch die abgelösten Teile". Auch der Ausdruck des Gesetzes, daß der „daraus entstehende Schaden" zu ersetzen sei, deutet darauf hin, daß nicht die abgelösten Teile selbst den Schaden hervorgerufen haben müssen, sondern daß der Schaden nur infolge der Ablösung eingetreten sein muß, sofern nur nach den allgemeinen Grundsätzen über den Kausalzusammenhang die Ablösung die Ursache für den eingetretenen Schaden gewesen ist.

3. **RG.** JW. **06** 336, GruchotsBeitr. **50** 976. Wenn der Berufungsrichter davon ausgegangen ist, es genüge nicht, daß der Eigenbesitzer eines Hauses einen zur gehörigen Unterhaltung der Gebäude *befähigten* Sachverständigen anstelle, im übrigen aber sich nicht weiter darum kümmere, ob der Beauftragte gewohnt sei, von seinen Kenntnissen und Fähigkeiten den gehörigen Gebrauch zu machen und ebensowenig die sachentsprechende Ausführung des erteilten Auftrags im besonderen überwache, so entspricht das durchaus der Bedeutung des Entlastungsbeweises, wie ihn der Eigenbesitzer eines Grundstücks nach § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu erbringen hat, um von der durch Abs. 1 Satz 1 vorgesehenen Ersatzpflicht befreit zu sein. Im Unterschiede von dem Schadensersatzfalle des § 831 Abs. 1 tritt nämlich die Befreiung nicht schon dann ein, wenn der in Anspruch Genommene sich nur darüber auszuweisen vermag, daß er *bei der Auswahl* der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat, sondern es bedarf nach § 836 eines darüber hinausgehenden Nachweises, der sich auf die fortdauernde Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt *zum Zwecke der Abwendung der Gefahr* bezieht.

RG. SeuffA. **61** 7 s. schon JDR. **3** § 836 Ziff. 1a.

4. BadRpr. **06** 339 (Karlsruhe). Aus § 836 folgt, daß jeder für die Beschädigungen durch seine Sachen insoweit aufzukommen hat, als er dieselben bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen hätte verhüten müssen. (**RG. 54** 58, JDR. **2** § 836 Ziff. 4.) — Keine Haftung, wenn ordnungsmäßig befestigte Teile eines Gebäudes durch Sturm herabgerissen werden.

5. *Ablösung von Teilen eines Gebäudes.* JDR. **4** § 836 Ziff. 4, **3** Ziff. 3.

a) HessRspr. **7** 105 (Darmstadt). Beschädigung durch herabfallendes Mauerwerk. Abweisung der Klage, weil seitens des Eigentümers die erforderliche Sorgfalt beobachtet war.

b) OLG. **12** 277, R. **06** 620 (Rostock). Eine Fahnenstange, deren Verbindung mit dem Gebäude als eine dauernde beabsichtigt war, ist ein Gebäudeteil im Sinne des § 836.

c) SchlHolstAnz. **06** 113 (Kiel). Eine Schleuse ist ein Werk im Sinne des § 836. **RG.** SeuffA. **61** 98 f. JDR. **4** § 836 Ziff. 3d.

§ 837. 1. **RG.** RheinA. **102** II 58, BayRpflZ. **06** 162. Für die Anwendung des § 837 BGB. wird nur erfordert, daß der Besitz überhaupt auf Grund eines Rechtes stattfindet. Auf den Zweck des Besitzes, nämlich darauf, ob er zum dauernden Gebrauch ausgeübt wird, kommt es nicht an, sondern es haftet jeder, der auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude oder ein anderes Werk in Ausübung eines Rechtes besitzt, während der Besitzer des Grundstücks es nicht besitzt.

2. WürttJ. **17** 149 ff. (Stuttgart). Ein an einem Gebäude angebrachter Querdraht zum Halten der Drähte der Oberleitung für eine Straßenbahn ist ein auf einem Grundstück errichtetes Werk. Die nach Satz 2 erforderliche Sorgfalt ist dargetan, wenn der Besitzer die Errichtung hierzu geeigneten Sachverständigen übertragen hat.

§ 839. 1. v. Schelhorn untersucht zuerst den Begriff des Amtes und des Beamten 442 ff.; Beamter ist nur derjenige, der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht, dem zufolge er einer besonderen Dienstgewalt unterworfen ist. Nicht jeder aber, der in einem solchen Dienstverhältnis steht, ist damit schon Beamter. — Amtshandlung ist eine Handlung eines Beamten innerhalb des Kreises seiner amtlichen Zuständigkeit, und zwar eine solche, die überhaupt einen amtlichen Charakter tragen kann (458 ff.). — Über den Begriff Fahrlässigkeit bei Amtsdelikten 525 ff.; vgl. 529 f.; Konkurrenz von Ansprüchen aus der Beamtenhaftpflicht und einem Vertragsverhältnis (531). — Verhältnis des § 839 zu den §§ 823 ff. (535 ff.). (Vgl. Josef, JDR. **4** § 839 Ziff. 1, Oertmann, JDR. **3** Ziff. 1.) § 839 Abs. 1 Satz 1 bedeutet gegenüber dem § 823 nicht nur eine Erweiterung. Allerdings werden von § 839 zahlreiche Fälle getroffen, die nicht unter § 823 untergebracht werden könnten, und in diesem Sinne konnte man von einer Erweiterung reden. Aber § 839 findet ebensogut auch auf diejenigen Fälle Anwendung, in welchen sowohl den Voraussetzungen des § 823 als denen des § 839 genügt ist, er bildet nicht etwa nur eine Ergänzung des § 823, sondern eine zwar weitergehende, aber in ihrem ganzen Umfang selbständige Bestimmung. Der Abs. 1 Satz 2 und der Abs. 3 des § 839, welche Einschränkungen der allgemeinen Haftungsbestimmungen enthalten, greifen nur dann Platz, wenn an und für sich der Anspruch auf § 839 gestützt werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob etwa der Verletzte auch lediglich mit Berufung auf §§ 823 ff. zu seinem Ziele gelangen kann.

Abs. 1 Satz 1 (543 ff.). Vorsatz und Fahrlässigkeit brauchen sich nur auf die Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht zu erstrecken, während es nicht darauf ankommt, ob der Beamte den entstandenen Schaden oder überhaupt nur die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen. Wann eine Amtspflicht des Beamten einem Dritten gegenüber gegeben ist, läßt sich allgemein nicht sagen. Verfasser nimmt mit Nöldeke (JDR. **1** Ziff. 1) an, daß das Hauptgewicht darauf zu legen ist, welchem Zwecke die Amtspflicht dienen soll, wessen Interessen die Aufstellung der Amtspflicht offensichtlich im Auge hat. „Eingetreten" ist der Schaden (beim Urteil) mit der Rechtskraft (= Unanfechtbarkeit) der Entscheidung (546 f., 606).

Abs. 1 Satz 2 (606 ff.). In Abs. 1 Satz 2 handelt es sich nicht um eine exceptio dilatoria, sondern um eine Tatsache, die zum Klagefundament gehört

und dementsprechend vom Kläger behauptet und bewiesen werden muß. — Die Unmöglichkeit, einen anderweiten Ersatz zu erlangen, ist so lange nicht gegeben, als überhaupt die rechtliche und zugleich tatsächliche Möglichkeit, anderweit Ersatz zu erlangen, nicht vollständig ausgeschlossen ist. M. a. W., der Beamte haftet auch dann nicht, wenn die anderweitige, zur Zeit noch bedingte Ersatzmöglichkeit erst in der Zukunft endgültig eintreten wird. Der Verletzte hat den Nachweis zu erbringen, daß er überhaupt nicht auf andere Weise, als durch Inanspruchnahme des Beamten sich werde schadlos halten können.

Abs. 3 (640 ff.). Zu den Rechtsmitteln gehören alle diejenigen Rechtsbehelfe außerhalb des Prozesses, die der rechtliche Sprachgebrauch als Rechtsmittel bezeichnet. Dagegen sind die Rechtsbehelfe nicht hierher zu rechnen, denen von den Prozeßordnungen absichtlich die Bezeichnung „Rechtsmittel" nicht beigelegt wird. Das Gesetz wollte offensichtlich als Rechtsmittel i. S. des Abs. 3 genau dasselbe verstanden wissen, was schon bisher in den maßgebenden gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen Bestimmungen diese Bezeichnung führte. Dahin gehört die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht. — § 839 Abs. 3 geht weiter als § 254; jedoch ist die Anwendung des § 254 bei § 839 Abs. 3 nicht ausgeschlossen.

2. **a)** *Brie 54. Urteile im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB. sind die Urteile im Sinne des Prozeßrechts, also diejenigen Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit (Zivil-, Straf-, Verwaltungs- u. Disziplinargerichtsbarkeit), durch welche das Verfahren oder ein Zwischenpunkt desselben in der vom Gesetz vorgesehenen solennesten Form erledigt wird. — Analog den „Urteilen" im Sinne des § 839 Abs. 2 zu behandeln sind bei der Frage nach der Haftbarkeit des Richters: a) Die einen Rechtsstreit für die Instanz beendenden Entscheidungen, bei denen die Parteien durch urteilsartige Kautelen geschützt sind, ferner die Vorentscheidungen die sich zu solchen verhalten wie die Zwischenurteile zu den Endurteilen (63—65). b) Die Entscheidungen des erkennenden Richters, welche die soeben genannten Entscheidungen materiell vorbereiten sollen (65—68). — Weder Urteile noch analog den Urteilen zu behandeln sind, sondern eine Verantwortlichkeit für jedes Verschulden begründen: a) Die sonstigen Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit, soweit nicht einige von ihnen (z. B. die Berichtigungsbeschlüsse nach §§ 319, 320 ZPO.) als bei dem Urteile ergehende Entscheidungen den Richter nur nach § 839 Abs. 2 verantwortlich machen (67, 68). b) Sämtliche Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (68—71). — Vgl. die Kritik der vorstehenden Arbeit von Schultzenstein, BuschsZ. **36** 197.

b) v. Schelhorn. § 839 Abs. 2 (614 ff.). Urteil ist i. S. der Prozeßordnungen zu verstehen (622).

c) Daffis, DJZ. **06** 1017 f. Das Wort „Urteil" im § 839 Abs. 2 BGB. ist nicht nur im prozessual-technischen Sinne zu verstehen. Auch der Haftbefehl fällt in den Bereich der aaO. vorgesehenen Urteile.

d) **RG.** JW. **06** 199. Haftbefehle des Untersuchungsrichters, Anordnungen der Untersuchungshaft durch das die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließende Gericht sind nicht „Urteile im Sinne des § 839".

3. v. Schelhorn. Von den Mitgliedern eines Richterkollegiums haften nur diejenigen, welche für die rechtswidrige Entscheidung gestimmt haben (626).

4. Delius, PrVerwBl. **14** 489. Der Beglaubigung der Unterschrift eines Rentenempfängers durch einen Polizeibeamten ist amtlicher Charakter nicht beizumessen. Damit entfällt die Haftung aus § 839 wegen etwaiger Versehen bei Vornahme dieser Tätigkeit. Der Beamte haftet vielmehr auf Grund des § 823 wie eine Privatperson. Das kann allerdings unter Umständen eine verschärfte Haftung des Beamten insofern zur Folge haben, als die subsidiäre Haf-

tung des Beamten, nämlich nur für den Fall, daß der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 Abs. 1), in Wegfall kommt.

5. Delius, PrVerwBl. **06** 756 f. Ist dem Beamten nach den bestehenden Dienstvorschriften gestattet, sich der Hilfe eines Referenten zu bedienen, so trifft ihn kein Verschulden, wenn er auf Grund eines unrichtigen oder unvollständigen Vortrages seines Referenten eine schadenbringende Entscheidung trifft. Der Chef würde nur haften, wenn die vom Referenten angeführten Tatsachen offenkundig falsch waren oder wegen ihres inneren Widerspruchs oder aus anderen Gründen als unrichtig erkannt werden mußten. — Hat der leitende Beamte, ohne nach den Dienstvorschriften hierzu befugt zu sein, eigenmächtig einen seiner Untergebenen zum Referat herangezogen, so haftet er bei unrichtigem Vortrag für seine Entscheidung allein dem Geschädigten gegenüber; jedoch hat er die Befugnis, sich an seinem Untergebenen schadlos zu halten.

6. ElsLothJZ. **06** 265 (Colmar). Ein Beamter kann wegen Fahrlässigkeit nur unter der doppelten Voraussetzung auf Schadensersatz belangt werden, daß er eine ihm — gegenüber dem Beschädigten — obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt und dadurch den Schaden verursacht hat und daß der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

7. Haftung des Staates für Verschulden von Beamten (§ 839). Oertmann, DJZ. **06** 922 ff., empfiehlt, von der Individualhaftung des Beamten ausgehend, ihr für das Außenverhältnis eine Haftung des Staates zu substituieren. — Die Staatshaftung soll als primäre, nicht als bloß subsidiäre zu gestalten sein. — Eine Gesamthaftung des schuldigen Beamten neben dem Staate wird nicht befürwortet, dagegen soll der haftenden Gebietskörperschaft ein Rückgriffsrecht gegen den schuldigen Beamten zustehen.

8. Haftung einzelner Beamter. Vgl. JDR. **4** § 839 Ziff. 4, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 10.

a) Notare.

Josef tritt der Entscheidung des **RG.** **58** 296 (JDR. **3** § 839 Ziff. 7 f Abs. 2) bei. Eine Amtspflicht liegt dem Beurkundungsbeamten nicht nur gegenüber der Person ob, die die Beurkundung beantragt hat; diese Amtspflicht liegt ihm vielmehr rein objektiv ob in bezug auf das beurkundete Rechtsgeschäft, in dessen sämtlichen rechtlichen Beziehungen und in sämtlichen durch das beurkundete Geschäft unmittelbar hervorgerufenen Rechtsfolgen, also bei Beurkundung einer letztwilligen Verfügung, einer Abtretung, eines Schenkungsversprechens, eines Vertragsangebots und beim Wechselprotest nicht bloß dem Erklärenden und dem Antragsteller gegenüber, sondern auch gegenüber dem Bedachten, dem Forderungserwerber, dem zu Beschenkenden, dem Antragsempfänger und sämtlichen Wechselbeteiligten, ferner aber (über diese, denen aus der Beurkundung Rechte mit oder ohne ihr Zutun entstehen sollen, hinaus) gegenüber allen, „deren Interessen nach der besonderen eigenen Natur dieses beurkundeten Geschäfts durch dasselbe berührt werden", wie das RG. es ausdrückt. Nicht dagegen steht ein Schadensersatzanspruch denen zu, deren Interessen durch das Amtsgeschäft nicht infolge seiner eigenen besonderen Natur, sondern nur infolge hinzutretender äußerlicher Umstände berührt werden; der Anspruch steht also, wie es in den Prot. heißt, nicht dem mittelbar geschädigten Dritten zu, z. B. dem Mäkler, der wegen der vom Notar verschuldeten Nichtigkeit des Kaufvertrags um seinen Vermittlerlohn kommt.

RG. JW. **06** 467. Amtspflicht des Notars ist es, vor Erhebung eines Wechselprotestes, um dessen Aufnahme er ersucht worden ist, zu prüfen, ob der Wechselinhaber durch den Inhalt des Wechselbriefes, so wie dieser sich zur Zeit

darstellt, als Wechselgläubiger ausgewiesen werde und ob demgemäß insoweit keine Bedenken gegen die Gültigkeit des zu erhebenden Protestes bestehen.

RG. JW. **06** 162. Eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht eines Notars liegt nicht vor, wenn er in einem exterritorialen Botschaftshaus einen Wechselprotest nicht erhebt.

HansGZ. **06** Beibl. 35 (Hamburg). Der Notar, welcher einen unrichtigen Wechselprotest aufnimmt, haftet nur demjenigen gegenüber, der ihm den Auftrag zur Protesterhebung erteilt hat.

RG. R. **06** 1196 (Frankfurt). Die Erteilung eines Rates gehört zwar zu den Berufsgeschäften, nicht aber zu den Amtsgeschäften eines Notars.

OLG. **13** 348 (KG.). Der Notar ist zur Rechtsbelehrung nicht vermöge seines Amtes verpflichtet.

b) RG. JW. **06** 176. Fahrlässige Verletzung der Amtspflicht des Richters durch Abnahme des Offenbarungseides und Haftentlassung des Schuldners bei unvollständigem Vermögensverzeichnis. Ein Vermögensverzeichnis, welches in betreff der Forderung Grund und Beweismittel nicht anführt, ohne die Nichtanführung zu begründen, ist gleich dem Verzeichnis, in dem der Ort, an dem sich die benannten Sachen befinden, ohne Begründung nicht angegeben ist, als das vom Gesetz verlangte Verzeichnis nicht zu erachten. Die Vorlegung des ordnungsmäßigen Vermögensverzeichnisses ist Vorbedingung der Eidesleistung in der Weise, daß das Gericht zur Eidesabnahme nicht schreiten darf, solange solches nicht vorliegt; denn der dem Gläubiger durch § 807 ZPO. gewährte Prozeßanspruch hat die Verpflichtung des Schuldners, die Richtigkeit des Vermögensverzeichnisses durch assertorischen Eid zu bestätigen, zum Inhalt. Die Verletzung der Amtspflicht, welche dem Beklagten sonach zur Last fällt, gereicht ihm zur Fahrlässigkeit nicht minder in dem Falle, daß er an dem Tage, an dem der Schuldner die Eidesabnahme beantragte, eine sehr erhebliche Zahl von Offenbarungseiden abzunehmen hatte. Auch bei nur oberflächlicher Prüfung des kurz gehaltenen Vermögensverzeichnisses war der ihm anhaftende Mangel nicht zu übersehen. Verfehlt ebenso ist der weitere, aus der Nichtanwendung des § 839 Abs. 3 BGB. entnommene Einwand. Die Reichsgesetzgebung hat die Gerichtsvollziehergebühren von den übrigen Gerichtsgebühren ausgeschieden und durch besonderes Gesetz geregelt. Aus der durch § 6 GKG. den Gerichten bezüglich der letztgenannten Gebühren beigelegten Befugnis der Niederschlagung kann daher die gleiche Befugnis bezüglich der erstgenannten Gebühren auch dann nicht abgeleitet werden, wenn von dem im § 24 Abs. 2 GVGebO. vorgesehenen Vorbehalt bundesstaatlicherseits Gebrauch gemacht ist und den Gerichtsvollziehern eine anderweitige Vergütung gewährt wird. Die Klägerin war daher nicht in der Lage, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

c) Konkursrichter.

RG. PucheltsZ. **06** 4, s. schon JDR **4** § 839 Ziff. 4c.

d) Subhastationsrichter.

RG. JW. **06** 539. Haftung des Subhastationsrichters wegen Nichtbeachtung des Art. 176 EGBGB.

e) Grundbuchrichter.

RG. BayRpflZ. **06** 140, GruchotsBeitr. **50** 1004, R. **06** 118. Der Grundbuchrichter, der eine nicht richtige Rechtsansicht vertritt, handelt darum noch nicht fahrlässig. Anders wäre es, wenn bereits eine Entscheidung des RG. oder (für Preußen) des KG. ergangen wäre, die alle Zweifel in der betreffenden Rechtsfrage abgeschnitten hätte.

RG. JW. **06** 132. Verneinung des Vorliegens einer Fahrlässigkeit.

f) Gerichtsschreiber.

RG. BadRpr. **06** 300. Verschulden des Gerichtsschreibers und des Gerichtsvollziehers wegen verspäteter Zustellung der Klage verneint. Eigenes Verschulden des Klägers infolge zu spät erfolgter Einreichung der Klageschrift.

g) Gerichtsvollzieher.

BayRpflZ. **06** 124 (München). Wird auf die Haftung des Gerichtsvollziehers verzichtet, so kommt dieser Verzicht auch dem Fiskus zustatten.

h) NaumburgAK. **06** 23 (Naumburg). Schadensersatz gegen einen Polizeibeamten wegen unberechtigten Waffengebrauchs. **RG.** JW. **06** 745 vorstehendes Urteil aufrechterhalten.

i) ElsLothJZ. **06** 265 (Colmar) (s. o. Ziff. 6). Der Umfang der Amtspflichten eines Postbeamten wird mangels betreffender gesetzlicher Bestimmungen durch die Dienstanweisungen festgestellt. Handelt er letzteren, soweit sie die Aushändigung postlagernder Sendungen und die Auszahlung telegraphischer Postanweisungen betreffen, aus Unachtsamkeit zuwider, so ist er für den hierdurch entstehenden Schaden dem Geschädigten unmittelbar haftbar, wenn dieser nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

k) SeuffA. **61** 394, BankA. **6** 61 (Hamburg). Wegen eines Versehens bei Aufnahme eines Protestes haftet der Protestbeamte nur seinem Auftraggeber, nicht auch den übrigen Wechselinteressenten.

§ 840. 1. **RG.** **61** 56 ff., 63, GruchotsBeitr. **50** 669. Die Eisenbahnhaftpflicht ist als Verantwortlichkeit aus unerlaubter Handlung i. S. des § 840 Ziff. 3 anzusehen. Der haftpflichtige Unternehmer ist aber nicht den im § 840 Abs. 3 angeführten, gemäß §§ 833—838 zum Schadensersatze Verpflichteten, vielmehr den dort genannten „Dritten" beizuzählen. Vgl. JDR. **4** § 840 Ziff. 2.

2. Hammer, HirthsAnn. **06** 873. Die Vorschriften des § 840 finden auch Anwendung auf die Haftung des Unternehmers einer Eisenbahn im Verhältnisse zu anderen Haftpflichtigen.

3. **RG.** EisenbE. **22** 284, s. schon JDR. **4** § 840 Ziff. 2.

§ 842. *B. Hilse, SeuffBl. **06** 435. Der schuldhafte Urheber eines schädigenden Ereignisses haftet für die Aufwendungen, welche die Krankenkasse zur Abwendung der Unfallfolgen gemacht hat, aber nur in dem Umfange, den sie zu leisten verpflichtet war. Mit Beginn der Unfallfürsorge des § 9 GewUVG. endet die Krankenfürsorge aus §§ 6, 20 KrankVG. Ungeachtet der durch das G. v. 25. 5. 03 erweiterten Krankenfürsorge von 13 auf 26 Wochen ist deshalb der Prozeßrichter nicht befugt, einem infolge Betriebsunfalls Erkrankten ein Krankengeld über die 13. Woche hinaus zuzubilligen bzw. einen Schadensurheber zur Erstattung von Aufwendungen darüber hinaus zu verurteilen.

§ 843. 1. **RG.** JW. **06** 308, EisenbE. **23** 44. (Vgl. JDR. **4** § 843 Ziff. 1.) Wenn nach § 843 BGB. eine Rente wegen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit beansprucht wird, so ist bei der Entscheidung auch die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse, soweit sie sich zur Zeit der Urteilsfällung übersehen läßt, zu berücksichtigen. Es kann nicht als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend angesehen werden, daß bei einer nach § 258 ZPO. angestellten Klage der Schuldner unbeschränkt zur Zahlung von Geldrenten verurteilt werden solle, obwohl unter Würdigung aller Umstände (ZPO. § 287) nach dem normalen Verlaufe der Dinge und den allgemeinen Lebenserfahrungen es als wahrscheinlich angesehen werden muß, daß von einer gewissen Zeit an der Schaden, zu dessen Vergütung die Rente dienen soll, überhaupt nicht mehr oder doch nicht mehr in der in dem Urteil angenommenen Höhe fortbestehen werde. Eine derartige Verurteilung liegt auch nicht im Sinne der Vorschrift im § 323 ZPO. Diese eröffnet bei einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen eine nachträgliche Abänderung des ergangenen

Urteils dann, wenn eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen oder für die Bestimmung von deren Höhe und Dauer maßgebend gewesen waren, also wenn in Wahrheit eine andere Gestaltung der Verhältnisse eintritt, als das Gericht bei der Verurteilung zu der künftigen Leistung angenommen hatte. Das Gesetz geht somit davon aus, daß das Gericht bei einer solchen Verurteilung bereits die künftige Gestaltung der für seine Entscheidung maßgebenden Verhältnisse ins Auge zu fassen und sie zu berücksichtigen habe. Dies aber ist nach der Natur der Sache regelmäßig nur in der Weise möglich, daß unter Zugrundelegung der allgemeinen Lebenserfahrungen und unter Berücksichtigung der Umstände des gegebenen Falles ein normaler Verlauf der Dinge unterstellt und danach die Verurteilung gestaltet wird. Vgl. **RG.** IW. **06** 548, GruchotsBeitr. **50** 673.

RG. R. **06** 444. Bei Festsetzung der Geldrente ist auf eine wahrscheinliche spätere Beschränkung der Rentenpflicht infolge voraussichtlicher Änderung der Verhältnisse von vornherein Rücksicht zu nehmen.

2. **RG.** IW. **06** 469, EisenbE. **23** 76. Wenn die Ehefrau das Hauswesen leitet und im Geschäfte des Ehemanns tätig ist, so ist durch den Ausfall dieser Tätigkeit nicht ihr, sondern dem Ehemann ein Vermögensschaden erwachsen. Allerdings kann dieser Schaden auch eine schädigende Rückwirkung auf die Ehefrau ausüben, insofern der ihr von dem Ehemann aus seinen Einkünften zu leistende Unterhalt sich schmälert. Dieser Schaden der Ehefrau ist aber nicht identisch mit dem des Ehemanns; zu seiner Glaubhaftmachung bedarf es der Darlegung der Erwerbsverhältnisse des Ehemanns einerseits, der Familienverhältnisse — Zahl und Alter der Kinder, für die der Ehemann außer dem Unterhalt der Frau Unterhalt zu leisten hat — andererseits; aus beiden Faktoren kann dann erst der Betrag des auf die Ehefrau entfallenden Unterhalts und auf Grund der Angaben über die Einbuße des Ehemanns infolge der der Ehefrau zugefügten Beschädigung die etwaige Schmälerung der Unterhaltsbezüge der letzteren geschätzt werden.

3. **RG.** EisenbE. **23** 51. Bei Verletzung eines Kindes kann — abgesehen von den Heilungskosten — für künftigen Erwerbsverlust eine bestimmte Summe nur bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes und eine Rente, wenn sie nach Zeit und Umfang unsubstantiierbar, gefordert werden; anderenfalls lediglich eine Feststellung der Pflicht zum Ersatze künftigen Schadens.

4. PucheltsZ. **06** 557 (Colmar). Zu den von dem Schadensersatzpflichtigen zu erstattenden Beerdigungskosten können auch die Kosten gerechnet werden, die der zur Beerdigung Verpflichtete für den Grabstein des Getöteten, für Vergitterung des Grabsteins, für Todesanzeigen, Blumen und Kränze standesgemäßerweise aufgewendet hat.

5. **RG.** SächsRpflA. **06** 303. Ein wichtiger Grund, der das Verlangen auf eine Abfindung in Kapital auch, abgesehen von einer vertragsmäßigen Verpflichtung, rechtfertigen könnte (§ 843 Abs. 3 BGB.), liegt nicht vor und kann auch nicht schon darin gefunden werden, daß der Beklagte sein Gut verkauft hat, zumal nach der Lage des Falles bei den Vermögensverhältnissen des Beklagten und der vom Kläger selbst nicht in Zweifel gezogenen Tatsache, daß der Beklagte gegen Haftpflichtfälle bei einer Versicherungsgesellschaft versichert ist, eine Gefährdung der Ansprüche des Klägers aus ihnen noch nicht gefolgert werden kann. Übrigens würde eine solche Gefährdung nur zur Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung Anlaß geben können. Ob überhaupt in Fällen, wo eine Erwerbsminderung noch gar nicht vorliegt, sondern ihr künftiger Eintritt nur möglich oder wahrscheinlich ist, auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bereits vor jenem Eintritt auf eine Abfindungssumme erkannt werden könne, ist

mindestens zweifelhaft. Jedenfalls erscheint solchenfalls die Verurteilung zu einer Kapitalabfindung für den Beklagten besonders unbillig und unsachgemäß und würde sich deshalb eine solche nur bei ganz besonderer Sachgestaltung rechtfertigen lassen, wie solche hier keinesfalls gegeben ist.

6. **RG.** JW. **06** 686. Die Entscheidung, ob gemäß § 843 eine Rente oder aus wichtigen Gründen eine Abfindung in Kapital zu gewähren ist, betrifft den Grund des Anspruchs.

7. HansGZ. **06** Beibl. 310 (Hamburg). Die Rente aus § 843 ist nicht pfändbar, wenn sie 1500 M. jährlich nicht erreicht.

§ 844. 1. BadRpr. **06** 361 (Karlsruhe). Eine Schadenshaftung wegen Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode ist nur dann gegeben, wenn der tödliche Erfolg für den Täter bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit und Überlegung vorhersehbar war, so daß es ihm als Fahrlässigkeit zugerechnet werden muß, jenen Erfolg nicht vorausgesehen zu haben. — Beklagter hatte dem Getöteten mit der flachen Hand einen mäßig starken Schlag ins Gesicht versetzt, der Getötete war umgefallen und hatte sich dabei tödlich verletzt. Die Klage ist abgewiesen. Vgl. JDR. **1** § 844 Ziff. 1.

2. *B. Hilse, ABürgR. **27** 283. Die Begriffe „Beerdigungskosten" und „Sterbegeld" decken sich nicht, vielmehr ist der letztere ein weitergehender wie der erstere. Denn auf Sterbegeld haben die Familienangehörigen eines Verstorbenen selbst dann Anspruch, wenn der Leichnam, weil er z. B. bei einem Brande eingeäschert oder sonst nicht auffindbar ist, nicht bestattet zu werden braucht. Der Ersatzpflichtige und der Haftpflichtschuldner ist jedoch nur zur Erstattung der Beerdigungskosten verpflichtet. Deshalb kann derselbe als schuldhafter Urheber des schädigenden Ereignisses seitens der Berufsgenossenschaft oder der Krankenkasse auch nur insoweit in Anspruch genommen werden, als für die Bestattung eines Leichnams von ihr Aufwendungen gemacht wurden.

3. *B. Hilse, HirthsAnn. **06** 74. Auch für ein totgeborenes Kind besteht der Anspruch auf Sterbegeld aus § 20 KrankVG., § 15 GewUVG., § 16 Landw. UVG., § 11 SeeUVG., weshalb der schuldhafte Urheber eines schädigenden Ereignisses bzw. der Haftpflichtschuldner verpflichtet ist, die Kosten der Beerdigung einer Kindesleiche zu tragen, sobald ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignisse und der Fehlgeburt bzw. der Totgeburt, insonderheit nachgewiesen werden kann, daß das Kind bereits einmal, gleichviel wie lange, innerhalb oder außerhalb des Mutterleibes gelebt hat.

4. R. **06** 937 (Colmar). Wenn auch grundsätzlich der Unterhaltsanspruch in den Fällen der §§ 844 und 845 durch die Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit des Unterhaltsforderers bedingt ist, so ist nach den Umständen des besonderen Falles abzuwägen, ob ihm zugemutet werden kann, sich durch Aufzehrung des Stammes seines Vermögens bis zur Vermögenslosigkeit zu entblößen. Insbesondere im Falle des § 844 wäre es kein voller Schadensersatz, wenn der Unterhaltsberechtigte, ehe er seinen Ersatzanspruch gegen den Urheber seines Schadens geltend machen dürfte, sich zuerst, zu möglichster Schonung desselben, selbst eine so erhebliche Schädigung wie die nutzlose Aufzehrung seines Vermögens zuziehen müßte.

5. **a)** **RG.** R. **06** 1437. Die Ehefrau eines Getöteten kann von dem Schadensersatzpflichtigen nicht den Ersatz des Schadens verlangen, der ihr dadurch entstanden ist, daß nach dem Tode des Vaters die Unterhaltspflicht gegen ihre Kinder auf sie übergegangen ist.

b) **RG.** JW. **06** 553. Die Rente der Witwe eines Verunglückten ist nach ihrem Lebensalter und nicht nach dem des Verunglückten zu bemessen.

6. **RG.** RheinA. **102** II 61. Die auf Schadensersatz wegen Wegfalls künftiger Unterstützungen (nach § 844) gerichtete Leistungsklage ist abzuweisen, wenn nicht schon im Verfahren über den Grund des Anspruchs sowohl die Voraussetzungen der §§ 1601—1603 BGB. über die Unterhaltspflicht als auch der das Verlangen einer Kapitalszahlung (anstatt Geldrente) rechtfertigende wichtige Grund nach § 843 Abs. 3 festgestellt werden können.

§ 845. 1. **RG.** JW. **06** 314. Eingeklagt soll nicht der Schaden werden, welcher der verletzten Ehefrau des Klägers, sondern der, welcher ihm selbst entstanden ist. Ein eigener Schadensersatzanspruch steht ihm aber nur nach Maßgabe des § 845 BGB. für die Leistungen der Ehefrau in seinem Hauswesen oder Gewerbe zu. Ob ein Schadensersatzanspruch des Klägers nach dieser Richtung zu Recht besteht, kann aber auch dem Grunde nach erst geprüft werden, wenn der Kläger in individualisierter Weise angibt, in welcher Weise er geschädigt sein will. Vgl. o. § 843 Ziff. 2.

2. **RG.** JW. **06** 385. Eine Entschädigung für den Verlust oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit wird nicht schlechthin gewährt, sondern nur für den dem Verletzten nach seinen Lebens- und Erwerbsverhältnissen tatsächlich entgehenden Erwerb, wenn schon dabei nicht bloß die Verhältnisse zur Zeit des Unfalls und in der Gegenwart, sondern auch die zukünftige Gestaltung der Dinge, soweit sie sich bei Zugrundelegung normalen Verlaufs voraussehen lassen, zu berücksichtigen sind. Betätigt mithin eine Frau ihre Erwerbsfähigkeit lediglich im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes, wozu sie gesetzlich verpflichtet ist (BGB. § 1356), so kann sie selbst für den Verlust oder die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit insoweit keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, weil insoweit lediglich dem Manne ein Schaden entstanden, mithin nur dieser nach § 845 forderungsberechtigt ist; es könnte ihr nur für den Fall ein solcher Anspruch zugebilligt werden, daß sie infolge einer in den ehelichen Verhältnissen eintretenden Veränderung in die Lage käme, ihre Arbeitskraft für eigenen Erwerb zu verwerten.

§ 847. 1. **RG.** EisenbE. **23** 56. Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann auf § 1 HaftpflG. nicht begründet werden, er wird allein gerechtfertigt durch den Nachweis einer unerlaubten Handlung nach §§ 823 od. 831 BGB.

2. R. **06** 684 (Colmar). Das Recht eines körperlich Verletzten, wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, billige Entschädigung in Geld, insbesondere Schmerzensgeld zu verlangen, erstreckt sich nicht bloß auf die im § 823 BGB. vorgesehenen Fälle eines Verschuldens des Täters, sondern auch auf die Fälle des § 833 BGB. Ebenso SchlHolstAnz. **06** 260 (Kiel).

3. **RG. 63** 104, JW. **06** 336, BadRpr. **06** 189. Zu dem Vermögen gehört i. S. des § 847 nicht eine Versicherungssumme, welche lediglich den Zweck hat, dem Täter Schadloshaltung für die ihm auferlegte Entschädigungspflicht zu gewähren, nachdem deren Betrag unter Berücksichtigung der sonstigen Sachlage festgestellt ist.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 989, RheinA. **06** II 97, JW. **06** 339. Es ist durchaus nicht die Regel, daß eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung einen immateriellen Schaden verursacht hat. Dieser bedarf vielmehr einer besonderen Begründung und § 847 BGB. hat keinesfalls den Zweck, jedem Verletzten auch in dem Falle und um deswillen eine Entschädigung zuzuwenden, wenn und weil ihm ein Schaden in seinem Gewerbe (§ 843 BGB.) nicht entstanden ist.

5. BadRpr. **06** 252 (Karlsruhe). Der Anspruch aus § 847 Abs. 2 steht nicht nur einer erwachsenen Frauensperson, sondern auch einem im Kindesalter stehenden Mädchen zu.

6. SeuffA. **61** 139 (Bamberg). Kein Anspruch des Arbeiters auf Schmerzensgeld gegen den Arbeitgeber. Vgl. gegen diese Entscheidung Kleinschmidt, HessRspr. **7** 133.

7. OLG. **12** 120 (Hamburg). Der Anspruch auf Ersatz des Schmerzensgeldes besteht nur gegen denjenigen, der selbst den Schaden verursacht hat, nicht aber bei Haftung für fremdes Verschulden, sei es aus dem Vertrage, sei es aus dem Gesetze.

8. OLG. **12** 119 (Jena). Eine Schädigung in Hinsicht auf das Fortkommen läßt sich im einzelnen schwer begründen und in Geld abschätzen. Es kommt daher darauf an, ob nach den Erfahrungen des täglichen Lebens das Fortkommen des Verletzten durch die deliktische Handlung erschwert wird.

9. Puchta, BayRpflZ. **06** 458, über die Frage, ob die Amtsgerichte zur Beurkundung von Vereinbarungen des unehelichen Vaters und der unehelichen Mutter über deren Ansprüche nach den §§ 847 u. 1300 zuständig sind.

§ 852. *B. Hilse, JW. **06** 4. Das Recht auf Inanspruchnahme des schuldhaften Urhebers eines schädigenden Ereignisses zum Ersatze der daraus entspringenden wirtschaftlichen Nachteile geht infolge Verjährung unter in 3 Jahren, wenn ein Betriebsverletzter oder dessen Familienangehörige Schadensersatz fordern, oder in 2 Jahren seit der gerichtlichen Schuldfeststellung, wenn die Krankenkasse oder der Armenverband, endlich mit 18 Monaten nach dem Unfalle, wenn die Berufsgenossenschaft Erstattungsansprüche geltend macht.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Vorbemerkung: Von theoretischer Seite gefördert wurde die Besitzeslehre im Berichtsjahre besonders durch die Arbeiten von Przibilla. — Aus der Praxis sind im wesentlichen nur Entscheidungen zu § 861 (Besitzschutz bei mittelbarem Besitz) und zu § 868 über die Frage eines „ähnlichen Verhältnisses" zu verzeichnen gewesen.

Literatur: Asmis, Kann die Einrede aus § 863 nur dem mittelbaren, nicht aber auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber zulässig sein? R. **06** 850. — Burghart, Das Recht auf den Besitz, JustdBl. **06** 115 ff., 129 ff. — Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, unter Ausschluß des Erwerbes durch Stellvertreter. Bonn 1906. — Ders., Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, IheringsJ. **50** 323—372.

§ 854. 1. *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 38 f., 80 f. Ein Fall der Besitzübertragung i. S. des § 854 Abs. 2 liegt vor, wenn der Herr dem Besitzdiener eine Sache schenkt, die dieser bisher als Besitzdiener innehatte. Näheres u. Ziff. I zu § 929. Über das Verhältnis des § 854 Abs. 2 zu § 930 s. u. Ziff. I 1 zu § 930.

2. Über die zur Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache notwendige Übergabe vgl. Wilutzky, ABürgR. **28** 67 u. Stöver, JDR. **4** Ziff. 3.

3. **RG.** OLG. **13** 167 Anm. 1. Es genügt, um die Besitzübertragung nach Abs. 2 als vorliegend zu erachten, daß die Gewalt des bisherigen Besitzers sich nicht in einer Weise betätigt, welche für den Erwerber die Möglichkeit der Gewaltausübung ausschließt.

4. Über den Besitzerwerb durch Stellvertreter s. o. Ziff. I 4 zu §§ 164 ff.

§ 855. I. *Przibilla, IheringsJ. **50** 347 ff. Besitzdienerschaft ist regelmäßig bei Organen einer juristischen Person und auch bei den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eines Vereins sowie bei den Beamten öffentlicher Korporationen anzunehmen (JDR. **1** Ziff. 2). — Aus der Fassung des § 855 ist zu entnehmen, daß es für den Besitzerwerb des Herrn genügt, wenn der Besitz-

diener die tatsächliche Gewalt über die Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis erlangt. Nicht erforderlich ist nach § 855, daß der Besitzdiener auch Dritten gegenüber erkennbar als Dienstbote, als Handlungsgehilfe usw. die Sache erwirbt. Der Besitzdiener begründet also für den Herrn selbst dann Besitz, wenn der Dritte ihn für den eigentlichen Erwerber hält. Auch ein abweichender Wille des Besitzdieners vermag den Besitzerwerb des Herrn nicht zu vereiteln, sofern das Geschäft nur in den dem Besitzdiener zugewiesenen Pflichtenkreis fällt. — Durch Besitzdiener kann man nicht nur unmittelbaren, sondern auch mittelbaren Besitz erwerben. Beispiele: ein Handlungsgehilfe erwirbt ein Konnossement, der Prokurist eines großen Geschäftshauses deponiert Wertpapiere, kauft durch constitutum possessorium oder gemäß § 870 eine Getreidemenge, die in einem Lagerhause aufgespeichert ist. Die Vorschriften über den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener sind auf diesen Erwerb des mittelbaren Besitzes nur in analoger Anwendung auszudehnen. — Die Frage, ob die von einem Besitzdiener bezüglich der Sache begangene Veruntreuung sich als Diebstahl oder als Unterschlagung darstellt, ist nach den in Betracht kommenden strafrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Danach ist die Veruntreuung des Besitzdieners eine Unterschlagung, wenn er den alleinigen Gewahrsam der Sache hatte, Diebstahl dagegen, wenn die Sache im Mitgewahrsam des Herrn stand. Ein Reisender, der Gelder veruntreut, „unterschlägt", ein Fabrikarbeiter dagegen, der unredlicherweise Maschinenteile ablöst und mit nach Hause nimmt, begeht Diebstahl.

II. **RG.** (Straff.) **39** 179 erblickt ein „ähnliches Verhältnis" darin, daß jemand, der gegen Stücklohn tätig ist, für denjenigen, der einen Teil der Ostsee behufs Gewinnung von Bernstein gepachtet hat, Bernstein schöpft.

§ 856. RG. (Straff.) **38** 444. Derjenige, der beim Verlassen des Zuges einen Gegenstand im Eisenbahnwagen aus Vergeßlichkeit liegen läßt, verliert hierdurch nicht ohne weiteres den Gewahrsam daran, vielmehr ist ein Gegenstand erst dann als verloren anzusehen, wenn der Ort seiner Zurücklassung unbekannt und die Möglichkeit seiner Wiedererlangung, abgesehen von einem Zufall, abgeschnitten ist.

§ 857. *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 66 ff. Wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nicht aufgelöst werden, sondern unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so geht beim Tode eines Gesellschafters sein Besitz nicht auf seinen Erben, sondern auf die übrigen Gesellschafter über. ➠ Hierbei handelt es sich um eine durch § 738 begründete Ausnahme von der Regel des § 857. ⟵ Planck und Kober führen den Besitzerwerb der Gesellschafter zurück auf „die durch den Tod aufschiebend bedingte Einigung nach § 854 Abs. 2". Diese Begründung dürfte indes nicht richtig sein. Denn die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 kann nur bezüglich gegenwärtiger, nicht aber bezüglich zukünftig zu erwerbender Sachen vollzogen werden. Bei einer Gesellschaft wird es sich aber meist um künftig zu erwerbende Sachen handeln. Eine Ausnahme von der Regel des § 857 ist entgegen der herrschenden Lehre nicht zu machen beim Besitz eines verstorbenen Sequesters, wenn es auch häufig dem Sinne und Zwecke der Sequestration widerspricht, daß der Besitz auf den Erben übergeht. Die Frage, ob auf den Nacherben nur der Besitz des Erblassers oder auch der von Vorerben neu erworbene übergeht, dürfte jedenfalls für den mittelbaren Besitz zu bejahen sein, denn § 2111 bestimmt: „Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes . . . oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt." Als ein solches Surrogat ist aber auch der mittelbare Besitz zu betrachten.

§ 858. Abs. 1. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 38. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Besitzentziehung oder Besitzstörung „ohne Willen" des Besitzers erfolgt ist, muß man sich auf den Standpunkt zur Zeit der Handlung stellen, d. h. die Einwilligung des Besitzers muß zu dieser Zeit gegeben werden oder wenigstens noch fortdauern.

§ 861. I. 1. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 25 f., 62 f., 64 f., 67. a) Diesen Anspruch kann auch der Fahrnisverpfänder gegen den Pfandgläubiger, sowie der Pfandeigentümer gegen Verpfänder und Gläubiger haben. b) Die vor der Pfändung entstandene Klage geht nicht gegen den Pfändungspfandgläubiger, da dieser nicht Rechtsnachfolger im Besitze ist (68, 27). c) Pfändung bei einem zur Herausgabe nicht bereiten Dritten ist verbotene Eigenmacht (28).

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 140. Droht dem Besitzer die wiederholte Entziehung, so kann er auch auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

II. Aus der Praxis. 1. SächsRpflA. **06** 39 (Dresden). Die Klage wegen Besitzentziehung kann sich zugleich als Klage aus unerlaubter Handlung darstellen. Auf die deliktsmäßige Ersatzpflicht findet die Ausschlußfrist des § 864 keine Anwendung.

2. **a**) WürttJ. **18** 54 ff. (Stuttgart). Dem unmittelbaren Besitzer stehen gegen den verbotene Eigenmacht begehenden mittelbaren Besitzer die Besitzschutzklagen zu (55). Nachdem der Besitzer die besessene Sache veräußert hat, ist nur noch die Schadensersatzklage gegeben (57). **b**) SächsRpflA. **06** 435 (Dresden). Der Besitzschutz des § 861 kommt dem mittelbaren Besitzer dann nicht zustatten, wenn es sich um eine Besitzentziehung handelt, die der unmittelbare Besitzer ihm gegenüber ins Werk gesetzt hat. (So Planck, Staudinger, Biermann, Cosack.)

3. Besitzschutz zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer. (JDR. **4** Ziff. 3, **1** Ziff. 3c.) BraunschwZ. **06** 41. Schutz im Besitze eines Kirchenstuhlrechts.

§ 862. 1. Abs. 1 Satz 1. Die hier gewährte Unterlassungsklage ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Über ihre Voraussetzungen, ihr Ziel und ihre Bedeutung eingehende Ausführungen bei *Eltzbacher, Unterlassungsklage. (S. o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

2. OLG. **12** 71 (KG.). Auch für die Besitzstörungsklage auf Unterlassung weiterer Störungen gilt der vom RG. für die Urteilsfassung in Immissionsprozessen aufgestellte Grundsatz, daß eine allgemein gefaßte Verurteilung zur Fernhaltung von Störungen zulässig ist.

3. Über Störungen durch Rauch, Ruß, Geräusch s. Hörig u. Ziff. I zu § 906.

§ 863. 1. Asmis, R. **06** 850 ff. Verlangt der mittelbare Besitzer die Herausgabe an den bisherigen Besitzer (§ 869 Satz 2), so kann der jetzige Besitzer die Einrede aus § 863 dem klagenden mittelbaren Besitzer gegenüber nur dann mit Erfolg erheben, wenn er sie dem bisherigen unmittelbaren Besitzer gegenüber geltend machen konnte. — Anders liegt die Sache, wenn der mittelbare Besitzer die Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst verlangt; dann kann der Eigenmächtige dem mittelbaren Besitzer die Einwendung aus § 863 selbständig entgegenstellen, unabhängig von der Person des unmittelbaren Besitzers. — Denn es kann durch den Eintritt von Umständen in der Person desjenigen, der die Herausgabe an sich verlangt, sei er nun mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer, die zunächst als verbotene Eigenmacht sich darstellende Besitzentziehung zu einer erlaubten geworden sein. Ebenso ist es denkbar, daß in=

folge des Wechsels in der Person des Klägers und der Änderung des Antrags die klage- bzw. einredebegründenden Tatsachen einen anderen Charakter, einen anderen rechtlichen Wert erhalten. Für die Beurteilung der Einwendung aus § 863 hinsichtlich der Person des Klägers ist die Sachlage in dem Augenblick des Vorbringens der Einrede entscheidend. — Für den mittelbaren Besitzer entsteht bei Verübung von Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer ein Anspruch in dem Umfange, wie er ihn, wenn er selbst unmittelbarer Besitzer wäre, mit Erfolg geltend machen könnte. Knüpfen sich an seine Person rechtliche Verhältnisse und Eigenschaften, die, wenn er unmittelbarer Besitzer wäre, auch zur Abweisung seines Anspruchs gemäß § 863 führen müßten, so kann er auch als mittelbarer Besitzer nicht mit einer Klage auf Herausgabe der Sache an sich durchdringen.

2. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 39. Das „Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung" nimmt der Entziehung oder Störung des Besitzes nur dann den Charakter verbotener Eigenmacht, wenn eine nach § 229 zur Selbsthilfe berechtigende Notlage oder ein sonstiger Tatbestand vorliegt, der nach besonderer Gesetzesbestimmung (wie §§ 561 Abs. 1, 859, 910, 962; der auch genannte § 862 ist zu streichen) zur Selbsthilfe berechtigt.

§ 868. I. *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 11 ff., 58 ff., 72 ff., 83 ff. und IheringsJ. **50** 323 ff. Besitz bedeutet eine Herrschaft über eine Sache, nicht oder richtiger nicht nur eine Herrschaft über eine Person. Das Wesen einer Sachherrschaft erschöpft sich aber nicht in einem einzelnen obligatorischen Anspruch, sondern hat notwendig absoluten Charakter. — Erwerb des mittelbaren Besitzes ist möglich: 1. durch Hingabe einer Sache zu unmittelbarem Besitz auf Grund eines Vertrags, z. B. auf Grund eines Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsvertrags, bei Begründung eines zeitlich beschränkten Erbbaurechts, beim Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts, falls eine einseitige Ablösung möglich ist, bei der Verkaufskommission, Spedition, Beförderung von Sachen durch Schiffer, Frachtführer, Post und Eisenbahn. Auch beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt wird der Verkäufer mittelbarer Besitzer; 2. durch constitutum possessorium (vgl. § 930); 3. durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (vgl. § 870); 4. durch Stellvertreter. Es besteht ein Unterschied, je nachdem der Vertreter als Besitzmittler oder als Besitzdiener zu betrachten ist. a) Der Besitzmittler muß erkennbar für seinen Auftraggeber handeln, um diesem den mittelbaren Besitz zu verschaffen. Handelt er nicht im Namen des Vertretenen und ergibt sich dies auch aus den Umständen nicht, so erwirbt der Auftraggeber keinen mittelbaren Besitz, und es bedarf eines besonderen Aktes, um dem Vertretenen den Besitz zu verschaffen. b) Beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener ist ein dem Dritten erkennbares Handeln des Vertreters für den Vertretenen nicht erforderlich. — Durch Vertreter ohne Vertretungsmacht kann mittelbarer Besitz nicht erworben werden. Insbesondere ist die äußerst bestrittene Frage (JDR. **1** Ziff. 2b), ob der redliche Finder für den Verlierer mittelbaren Besitz begründe, zu verneinen, obschon § 966 von einer Verwahrungspflicht spricht, denn das Verwahrungsverhältnis muß ein solches sein, vermöge dessen der Verwahrer dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist, d. h. das Verwahrungsverhältnis muß das Primäre, es muß die causa possessionis sein. Gerade das Gegenteil ist aber beim Finder der Fall, bei ihm ist der durch den Fund erlangte Besitz die causa der Verwahrungspflicht. 5. Erwerb des mittelbaren Besitzes ex lege ist möglich a) auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung, z. B. auf Grund eines eigenen Rechtes an fremdem Vermögen (Ehemann, Testamentsvollstrecker), auf Grund eines Amtes (Konkursverwalter, Gerichtsvollzieher, Nachlaß- und Zwangsverwalter), bei der Beschlagnahme; b) durch Erbfolge.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **13** 201 (Hamburg). Von einem Besitzdienerverhältnisse unterscheidet sich die Stellung des Schuldners zum Gerichtsvollzieher und zum Gläubiger wesentlich dadurch, daß er nicht willkürlichen Weisungen der letzteren, sondern nur solchen Anordnungen von ihrer Seite nachzukommen hat, die im Rahmen des durch die Pfändung begründeten Rechtsverhältnisses gegeben sind. So Planck, Gaupp-Stein, gegen Staudinger, Petersen-Anger.

2. **a)** R. **06** 377 (Dresden). Das Eigentum an der dem Käufer zugeschickten, von diesem aber rechtzeitig beanstandeten und zurückgeschickten Ware verbleibt dem Verkäufer. Weigert sich dieser, die zurückgekommene Ware seinem Abrollspediteur abzunehmen, so wird der letztere, falls er sich dabei beruhigt, alleiniger Besitzer. Der Verkäufer kann hinterher ohne seinen Willen nicht wieder mit mittelbarem Besitz belastet werden. **b)** MecklZ. **25** 28 (Rostock). Das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer ist als ein Verhältnis von der im § 868 erforderten Art anzusehen. Wie **RG. 54** 397, Dernburg III § 101 unter 1 Abs. 2 und Staudinger zu § 868. (Vgl. auch IDR. **4** Ziff. 1.) **c)** PosMschr. **06** 168 (Stettin). Eine Frau, die mit ihrem Ehemanne nach gesetzlichem Güterrecht lebt, hat an dem Eingebrachten mittelbaren Besitz, während dem Ehemanne der unmittelbare Besitz zusteht. (Näheres IDR. **1** Ziff. 2c.)

3. Über den Besitzschutz zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer s. o. zu § 861 Ziff. II 3.

§ 869. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 25, 66 f. Der Fahrnisverpfänder und der Pfandeigentümer (sofern er mittelbarer Pfandbesitzer ist) können bei verbotener Eigenmacht gegenüber dem Pfandgläubiger Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, bei Ablehnung der Besitzübernahme durch den Gläubiger an sich selbst. Letzterenfalls erlischt das Pfandrecht.

§ 870. *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 48 ff. Wenn der mittelbare Besitzer den Herausgabeanspruch zweimal hintereinander abtritt, der unmittelbare Besitzer aber nur den zweiten Zessionar anerkennt, so wird zwar der erste Zessionar mittelbarer Besitzer, er verliert aber seinen Besitz wieder infolge der Nichtanerkennung durch den Besitzmittler, während für den zweiten Zessionar ein neuer mittelbarer Besitz ins Leben tritt. — Die Besitzübertragung gemäß § 870 erfordert einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen mittelbaren Besitzer. Durch Vertrag zugunsten eines Dritten, z. B. Hinterlegung oder Frachtvertrag, kann mittelbarer Besitz nicht erworben werden. Bei den genannten Verträgen ist die obligatorische Seite des Rechtsgeschäfts scharf von der besitzrechtlichen zu trennen. Obligatorisch ist die Hinterlegung ein Vertrag zugunsten eines Dritten, und es erlangt der Gläubiger auch einen Herausgabeanspruch, der für den Begriff des mittelbaren Besitzes jedoch nicht genügt. Besitzrechtlich liegt in der Hinterlegung nur ein Antrag zum Abschluß des Abtretungsvertrags im Sinne des § 870. Ähnliches gilt vom Frachtvertrage. Beim Frachtvertrage erlangt der Adressat zunächst nur eine Anwartschaft auf das zu befördernde Gut, den Herausgabeanspruch erwirbt er erst mit der Ankunft des Gutes am Bestimmungsort. Da nun aber in diesem Zeitpunkt auch noch der Herausgabeanspruch des Absenders fortbesteht, so tritt obligatorisch eine Gesamtgläubigerschaft des Absenders und des Empfängers ein, die zugunsten des Empfängers beendigt wird, sobald der Absender auf sein Mitrecht wirksam verzichtet. (Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 310—333, 489 ff.) Die Gesamtgläubigerschaft stelle sich besitzrechtlich nicht als mittelbarer Mitbesitz dar, vielmehr enthält der Frachtvertrag besitzrechtlich gleichfalls nur eine Vertragsofferte gemäß § 870 gegenüber dem Adressaten. Diese Vertragsannahme durch den Empfänger dürfte regelmäßig in der Annahme des Frachtbriefs oder

in der Erhebung der Klage gegen den Frachtführer gemäß § 435 HGB. zu erblicken sein.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: In der wissenschaftlichen Erörterung der Grundbegriffe des Immobiliarsachenrechts, insbes. über das Wesen der dinglichen Einigung, der Vormerkung, des öffentlichen Glaubens und der Berichtigung des Grundbuchs ist ein gewisser Stillstand und Abschluß eingetreten. Die neuerschienenen Auflagen der grundlegenden Werke haben ihre bisherigen Ansichten vertieft, teilweise auch berichtigt. Dagegen hat die Rechtsprechung reichlich Gelegenheit gehabt, sich über alle in Betracht kommenden Fragen auszusprechen, besonders ergiebig ist, wie die nachfolgende Zusammenstellung zu § 892 ergibt, die Erörterung über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gewesen.

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. In neuer Auflage sind erschienen: Männer, Das Sachenrecht nach dem BGB. und der GBO. für das Deutsche Reich (2. Aufl. des Rechtes der Grundstücke); v. Staudinger, Kommentar zum BGB., Sachenrecht von Kober, 2. Aufl. (eine neue Auflage ist bereits in Vorbereitung); Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen (Bd. 1: Das Sachenrecht des BGB.), 3. Aufl. Kretzschmar hat seine Einführung in das Grundbuchrecht zu einem Kommentare des gesamten Sachenrechts umgearbeitet (Das Sachenrecht des BGB.). In 3. Aufl. ist auch erschienen: Gänßle, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des BGB. und der Liegenschaftskaufvertrag. Von dem Sachenrechte des Werkes von Goldmann und Lilienthal ist die zweite Abteilung erschienen. Ferner sind noch zu erwähnen: Wenz, Das Immobiliar- und Hypothekenrecht nach dem BGB. und der GBO.; Holzapfel, Das Grundbuchrecht im Verkehre zwischen Auseinandersetzungsbehörden und Grundbuchämtern. Berlin 1906. — Die Ergebnisse des Schrifttums zum Liegenschaftsrechte sind zusammengestellt von Strecker, R. **06** 840, und Oberneck, DNotV. **06** 335.

§ 873. Literatur: Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts. Leipzig 1906.

I. Natur der dinglichen Einigung. 1. **a)** Kretzschmar, Sachenrecht 52, spricht in Übereinstimmung mit Ortlieb — JDR. **3** Ziff. 3 zu § 873 — der Einigung die Eigenschaft eines selbständigen Rechtsgeschäfts ab und erblickt den dinglichen Vertrag nicht in der Einigung, sondern in der durch Einigung und Eintragung sich vollziehenden Rechtsänderung. Er schließt sich ferner (59) der Ansicht Plancks (3) 81 Note 4 an, daß die dingliche Einigung als solche keine Klage auf Erfüllung begründet. Ebenso Männer (2) 28. Turnau-Förster (3) I 104 erklären, daß eine formgerechte Einigung keineswegs ganz wirkungslos sei, doch sind die beiden Herausgeber verschiedener Meinung darüber, ob aus einer formgerechten Einigung auf Beseitigung von Hindernissen, die der Eintragung entgegenstehen, geklagt werden könne. **b)** Wilutzky, ABürgR. **28** 67, sieht in der Einigung, sofern sie zugleich die Eintragungsbewilligung des Veräußerers in sich schließt, eine Verfügung als Erfüllung eines vorangegangenen Versprechens. Nur dann, wenn die Einigung nicht zugleich die Eintragungsbewilligung in sich enthält, liegt nur eine Bindung des Willens dahin vor, daß die Erfüllung stattzufinden habe (§ 873 Abs. 2). Das ist keine Erfüllung, aber ein Vertrag mit mutuus consensus, aus dem auf Erzwingung der Eintragungsbewilligung geklagt werden kann. Die Eintragung im Grundbuche gehört nicht mehr zur Erfüllung, stellt sich vielmehr lediglich als die noch fehlende Tätigkeit der Behörde dar, die auf Antrag eines Beteiligten in Bewegung gesetzt wird.

2. SächsRpflA. **06** 559 (Dresden). Es gibt keinen dinglichen, einen Anspruch auf Erfüllung gewährenden Vorvertrag (vgl. **RG. 48** 134), dagegen gibt ein auf die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung gerichteter obligatorischer Vorvertrag ein Klagerecht auf Erklärung der Einigung in bindender Form.

3. **RG. 63** 179, JW. **06** 383, 736, HansGZ. **06** Beibl. 145. Die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (z. B. Übergabe, Auflassung) sind nach dem System des BGB. als Rechtsgeschäfte konstruiert, die die Macht, eine sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen (z. B. Eigentum zu übertragen), in sich selbst haben. Hält man diesen selbständigen Charakter der sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte fest, so ist die von Dernburg (BürgR. I § 128 Nr. 2, II § 379, III § 64 aE.) vertretene Annahme abzulehnen, daß die Unsittlichkeit des Kausalgeschäfts und die an sie gesetzlich geknüpfte Folge der Nichtigkeit dieses Geschäfts auch die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte nichtig mache. Im Gegensatze hierzu ist andererseits die Meinung aufgestellt worden (Enneccerus-Lehmann, BürgR. I § 98 Nr. 2, § 158 Nr. 4, § 355 Anm. 1, und Eccius, DJZ. **03** 41), daß die abstrakten Erfüllungsgeschäfte von der dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft anhaftenden Unsittlichkeit überhaupt nicht ergriffen werden könnten, weil die Elemente, aus denen sie sich zusammensetzen und aus denen sie ihre Wirksamkeit entnehmen, mit dem Zwecke des Kausalgeschäfts nichts zu tun hätten. Ob man so weit gehen soll oder ob man nicht vielmehr mit Förster (R. **05** 356) anzunehmen haben wird, daß in der Regel die Unsittlichkeit, die dem Kausalgeschäft anhaftet, auch dem Erfüllungsgeschäft anhaften wird, kann dahingestellt bleiben. Denn das, worauf es ankommt, ist die Frage, ob auch das Erfüllungsgeschäft, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz als nichtig behandelt wird, und diese Frage ist zu verneinen. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts wäre unvereinbar mit § 817 BGB., denn wäre das Erfüllungsgeschäft nichtig, so könnte davon keine Rede sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zwecke nur eine Rückforderung (Kondiktion) stattfindet, vielmehr wird die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts (z. B. Eigentum zu übertragen) vorausgesetzt. Vgl. darüber zu § 1163 u. o. § 138 Ziff. 7 I A a.

4. **RG.** R. **06** 1438. Die Auslegungsregel des § 133 BGB. gilt auch für den dinglichen Vertrag, soweit es sich um das Verhältnis der Vertragschließenden und nicht um die Wirkung der Eintragung Dritten gegenüber handelt (§§ 892, 893 BGB.). Die Konkursmasse des einen der Vertragschließenden ist kein Dritter im genannten Sinne.

5. Kretzschmar, Sachenrecht 54. Die Vorschriften des § 185 BGB. sind materiell-rechtliche und lassen die Frage unberührt, ob die Eintragungsbewilligung eines Nichtberechtigten zu einer Eintragung führen kann, wenn die Einwilligung des Berechtigten beigebracht wird. Die Frage entscheidet sich nach §§ 19, 20 GBO. und ist daher zu verneinen. AM. KGJ. **21** A 156, **23** A 136, **RG. 54** 367, weil die Vorschriften des § 185 BGB. ganz allgemein gefaßt seien. Es handelt sich indessen nicht um die materielle Wirksamkeit der getroffenen Verfügung, sondern um deren Durchführbarkeit, darüber entscheiden aber ausschließlich die Vorschriften der GBO.

II. Verhältnis der Einigung zur Eintragungsbewilligung. *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 89 ff. Die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung ist die Summe zweier privatrechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. Sie enthält als solche die Eintragungsbewilligung i. S. des § 19 GBO. ebensowenig, als sich diese ihrem Wesen nach als Teil der Einigung darstellt. Denn die Bewilligung ist kein privatrechtliches, sondern ein prozeßrechtliches Rechtsgeschäft. Im einzelnen Falle freilich kann auch in der Form der Bewilligung eine privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben werden. Soll nämlich außer dem auf die Eintragung gerichteten Willen des Passivbeteiligten ein anderer auf Herbeiführung des sachenrechtlichen Erfolges gerichteter Wille, der die Bewilligung insoweit nicht an den Grundbuchrichter, sondern an den gegnerisch Beteiligten richtet, in der Bewilligung zum Ausdrucke

kommen, so liegen dann zwei, begrifflich und ihrem Wesen nach voneinander verschiedene Willenserklärungen vor. Neben der prozeßrechtsgeschäftlichen Bewilligung besteht eine privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung, die je nachdem Teil der Einigung, Aufhebungserklärung i. S. des § 875 BGB., Zustimmung i. S. des § 876 BGB. usw. ist. In diesen Fällen muß aber der Tatbestand so gestaltet sein, daß die vom Betroffenen dem Grundbuchamte gegenüber abzugebende Eintragungsbewilligung zugleich Erklärung des privatrechtsgeschäftlichen Willens dem (privatrechtlich) richtigen Empfänger gegenüber sein kann. Das ist stets der Fall, wo es sich bei dem sachenrechtlichen Rechtsgeschäft um eine einseitige Erklärung handelt, die nach dem materiellen Rechte auch dem Grundbuchamte gegenüber erfolgen kann (§§ 875, 876 BGB.). Bei der Einigung dagegen nur, wenn die Bewilligung in Anwesenheit des anderen Teiles erfolgt. In den Fällen eines so gestalteten Tatbestandes wird die Bewilligung einer konstitutiven Eintragung im Zweifel auch immer als Äußerung des auf den entsprechenden sachenrechtlichen Erfolg gerichteten Willens gelten müssen.

III. Die Gebundenheit nach Abs. 2. 1. *Siber, JheringsJ. **50** 72 Anm. 1. Für die dingliche Einigung — nicht für die etwa vorausgehende obligatorische Vereinbarung (**RG. 50** 83) — ist die gerichtliche, notarielle oder grundbuchamtliche Form vorgeschrieben; die formlose Einigung ist nicht „bindend", also als dingliche Einigung nichtig, aber — ebenso wie nach § 313 Satz 2 — heilbar durch Grundbucheintragung oder Aushändigung einer Eintragungsbewilligung. ➠ Ebenso Kretzschmar, Sachenrecht 57. ⟵

2. *Wunderlich aaO. 59 Anm. 2. Die Aushändigung der Eintragungsbewilligung seitens des Berechtigten an den anderen Teil ist ein Rechtsgeschäft des Privatrechts. Es handelt sich hier, ebenso wie bei der Löschungsbewilligung im § 875 Abs. 2 BGB., nicht um eine Eintragungsbewilligung i. S. des § 19 GBO. Die Bewilligung in §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2 BGB. hat mit dieser nur Inhalt, Form und Namen, nicht auch Zweck und Wesen gemein.

3. SächsOLG. **27** 257. Die Bewilligung des Eintrags einer Hypothek durch den Generalbevollmächtigten des Grundstückseigentümers ist seitens des Vollmachtgebers unwiderruflich, sobald sie in einer die Einigung mit dem Empfänger der Hypothek ausweisenden, vom Bevollmächtigten gerichtlich anerkannten, beim GBA. eingereichten Urkunde anerkannt ist.

IV. Eigentum und dingliche Rechte. *Siber, JheringsJ. **50** 124 ff. Dingliche Rechte gewähren positive Befugnisse als Nutzungs- und Verwertungsrechte (Zitelmann), negative als Rechte zum Ausschlusse fremder Nutzung oder Verwertung. Das Eigentum umfaßt alle vier Befugnisse. Von den begrenzten dinglichen Rechten schränken Ausschlußrechte die Nutzung (z. B. servitus altius non tollendi) oder Verwertung (z. B. Recht aus Vormerkung, Vorkaufsrecht) durch den Eigentümer, Nutzungs- (z. B. positive Dienstbarkeiten) und Verwertungsrechte (z. B. Pfandrechte) die Ausschlußbefugnis des Eigentümers ein.

§ 874. OLG. **14** 64, RJA. **7** 271 (KG.). Ob § 874 auch anwendbar ist, wenn es sich um die Belastung eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes handelt, ist streitig; verneint wird die Frage von Güthe, Männer (2) 112, Predari 120, v. Staudinger Anm. 1, Turnau-Förster (3) I 139, Willenbücher; bejaht von Biermann, Fuchs, Oberneck, Planck Anm. 3, denen sich das KG. anschließt, da sonst der Zweck des § 874 geradezu vereitelt werden würde, doch bedarf es der Bezeichnung der Forderung, für welche (bei Verpfändung einer Hypothek) das Pfandrecht bestellt ist. Vgl. auch zu § 58 GBO.

§ 875. *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 89 ff. Die Aufhebungserklärung des Berechtigten ist ihrer rechtlichen Natur nach von der entsprechenden Löschungsbewilligung grundverschieden. Doch wird im Einzelfalle die Bewilligung einer konstitutiven Löschung regelmäßig zugleich auch als Erklärung des dinglichen Aufhebungswillens zu betrachten sein. Vgl. Ziff. III 2 zu § 873 BGB. Dasselbe gilt für das Verhältnis der Zustimmung des Dritten im Falle des § 876 BGB. zu der entsprechenden Löschungsbewilligung.

§ 876. *Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 70. Das Recht des Nacherben ist nicht eine Belastung des Rechtes des Vorerben mit einem dinglichen Rechte im Sinne dieses Paragraphen.

§ 877. BayObLG. **7** 394, BayRpflZ. **06** 320, BayNotZ. **06** 144 (KG.). Eine Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek ist im BGB. nicht vorgesehen, weil sie für den Bereich des Grundbuchrechts keinen sachlichen Zweck hat. Vgl. dagegen BayRpflZ. **06** 231 (LG. München) u. Bonschab aaO. 369. Vgl. a. zu § 1180 BGB.

§ 878. 1. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 481 gegen KGJ. **22** A 129 (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 878). Es handelt sich bei Verfügungen des Gemeinschuldners (§ 7 KO.) nicht um Akte, die dem einen gegenüber nichtig, dem anderen gegenüber rechtsbeständig sind, sondern um schlechthin nichtige (§ 6 KO.), aber möglicherweise erstarkende Verfügungen (BGB. § 185). Dies gilt aber auch von dinglichen Einigungen, die noch keine Verfügungen sind, aber durch Eintragung in das Grundbuch zu Verfügungen werden können. Wird daher die Urkunde über eine solche Einigung dem Grundbuchrichter während des Konkurses zur Eintragung vorgelegt, so hat er den Antrag abzulehnen, weil die Bewilligung ungeeignet ist, eine Einwirkung auf den Bestand der Masse (den Konkursgläubigern gegenüber) herbeizuführen. Wird ihm aber dieselbe Bewilligung, ausgestellt während des Konkurses, nach dessen Beendigung zur Eintragung vorgelegt, so wird der Wirksamkeit der Bewilligung für das nun konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners ein Hindernis nicht entgegenstehen. In diesem Sinne kann man sich dem Satze von der zeitweiligen Geschlossenheit des Grundbuchs für Verfügungen des Gemeinschuldners anschließen.

2. OLG. **14** 72, RJA. **8** 47 (KG.). Die Ansicht OLG. **3** 194 (KG.), daß das Grundbuch durch die Eintragung der Konkurseröffnung für rechtsgeschäftliche Verfügungen des Gemeinschuldners nicht gesperrt werde, wird in der Rechtslehre vorherrschend geteilt, die Gegner (Predari 312, Schöller, DJZ. **02** 164, Kretzschmar, ZBlFrG. **2** 815, Biermann 3 zu § 893, Jäger 7 zu § 113 KO. und Eccius, GruchotsBeitr. **50** 481) verkennen die Bedeutung, welche der § 6 im Verhältnis zu den § 7 ff. KO. hat, nämlich die, daß der allgemeine Grundsatz des § 6 durch die §§ 7 ff. eingeschränkt wird. Zu Rechtshandlungen ist der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung nicht unbefugt und auch ein Rechtserwerb ist an sich nicht unwirksam, nur gegenüber den Konk.Gläubigern entbehrt die Verfügung oder der Rechtserwerb hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens der Wirksamkeit. Zu erfordern ist allerdings für die Zulässigkeit einer Eintragung nach der Konkurseröffnung auf Grund einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, daß zuvor die Eröffnung des Konkurses in das Grundbuch eingetragen wird, und daß, wenn es sich um die Löschung eines Rechtes handelt, zur Löschung die Bewilligung des Konkursverwalters zu erfordern ist. Vgl. KGJ. **23** A 242.

§ 879. BadRpr. **06** 295, ZBlFG. **7** 395 (Karlsruhe). Haben die Inhaber der 2. und 3. Hypothek die an erster Stelle stehende Hypothek mit Erfolg angefochten, so kommt es für die nunmehrige Rangfolge unter ihnen nicht auf

die Zeit des Anfechtungsurteils oder ihrer Eintragung im Grundbuche, sondern nur auf das Rangverhältnis ihrer Hypotheken an.

§ 880. 1. **a)** Schuberth, SächsRpflA. **06** 193 — gegen Kretzschmar, R. **04** 516, JDR. 3 Ziff. 3 zu § 880 — (Sachenrecht 80, 82): Rangänderung ist nicht Stellenaustausch, sondern Einräumung des Rechtes auf Vorausbefriedigung aus dem im Falle der ZwVollstr. auf das zurücktretende Recht entfallenden Erlöse. Anderenfalls würde die Vorschrift im Abs. 4 des § 880 völlig überflüssig sein. Ist die zurücktretende Hypothek durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so kann als Betrag, aus dem die vortretende Hypothek infolge der Vorrangseinräumung vorweg zu befriedigen ist, nur der Betrag der Hypothek selbst und derjenigen regelmäßigen (nicht erhöhten) Zinsen eingestellt werden, der sich ergibt, wenn die Zinsen vom letzten Fälligkeitstermine von der Beschlagnahme ab (ZVG. § 13 Abs. 1) berechnet werden, denn der Gläubiger der vortretenden Hypothek hätte, auch wenn die zurücktretende Hypothek noch bestände, kein Recht und kein Mittel, den Gläubiger der zurücktretenden Hypothek zu zwingen, seinerseits erhöhte Zinsen, Zinsrückstände und Kosten anzumelden. **b)** Gegen Schuberth insbes. in Hinblick auf die bei der ZwVerst. sich ergebenden Folgen Vogel, SächsRpflA. **06** 287. **c)** Zschoche, SächsRpflA. **06** 191, wendet sich gleichfalls gegen die Schlußfolgerung Kretzschmars, daß je nach der Zeitfolge der Vorrangseinräumungen unter Umständen das Rangverhältnis sich gerade umkehrt, mit folgender Begründung. Angenommen, daß von einander nachfolgenden HypGläubigern A., B., C., D. nur D. zugunsten von A. zurückträte, würde A. nunmehr erst hinter D., B., C. befriedigt werden, weil das Recht der Zwischenberechtigten durch den Rücktritt nicht berührt werden darf. Treten aber auch diese Zwischenberechtigten zugunsten von D. zurück, so hat dieselbe Rechtsregel die Wirkung, daß auf Grund des zwischen A., B., C. bestehen gebliebenen Rangverhältnisses zunächst der am weitesten hinten stehende C. sich die Befriedigung des D. aus dem auf ihn entfallenden Erlöse gefallen lassen muß. Denn weil nach § 880 Abs. 4 BGB. die Rechte der Zwischenberechtigten durch Rangänderungen nicht berührt werden, so erlangen B. und C. auch nicht ein Vorrangsrecht dahin, daß sie von A. verlangen könnten, daß er zunächst aus dem für ihn entfallenden Erlöse den D. befriedigen lasse, falls sie selbst durch späteren Rücktritt hinter A. diesem die Möglichkeit einer vorzugsweisen Befriedigung aus den auf B. und C. entfallenden Erlösen gewährt haben. **d)** Vgl. Ziff. 5b.

2. Eckert, BayRpflZ. **06** 449, erörtert an Beispielen den Fall eines Rangwechsels, wenn von zwei zu gleichem Range eingetragenen Hypotheken nur die eine hinter einer nacheingetragenen Hypothek im Range zurücktritt, insbes. inwieweit die Rechte der drei Gläubiger im geringsten Gebote zu berücksichtigen sind, wenn nach dem Rangrücktritt einer von ihnen die ZwVerst. des Grundstücks betreibt.

3. Espreſter, JustdRundsch. **06** 73, erörtert folgenden Fall: Für A. stehen 100 M. an erster, für B. 200 M. an zweiter, ihnen folgend C. und D. mit je 150 M. zu gleichem Range miteinander eingetragen. Räumen nun A. und B. mit ihrer Hypothek der Hypothek des D. den Vorrang ein, so hat dies zur Folge, daß B. mit einem Betrage von 150 M. an die Stelle des D. und somit in den Gleichrang mit C. tritt.

4. **a)** *Rieger, WürttZ. **06** 36, verneint gegen RJA. 2 50 (KG.) — JDR. **1** Ziff. 2 — u. KGJ. **26** A 145 — JDR. **2** zu § 880 — in Übereinstimmung mit Planck (3) Anm. 3a zu § 880 die Möglichkeit einer Rangänderung zwischen zwei Rechten desselben Berechtigten und zwischen mehreren Teilen eines Rechtes. Er bejaht aber die nachträgliche Rechtsgültigkeit der Eintragung für den Fall gutgläubigen Erwerbes. **b)** Zustimmend *Klaus, WürttZ. **06** 100, unter weiterer Erörterung des Falles der Abtretung einer Teilhypothek unter gleichzeitiger

Rangänderung mit dem Ergebnisse, daß, wenn die dem Teilzessionar abgetretene Teilhypothek hinter die Resthypothek im Range zurücktritt, der Teilzessionar nur dann als Betroffener im Sinne des § 19 GBO. anzusehen ist, wenn die Teilbuchhypothek gemäß §§ 1154, 1117 auf ihn übergegangen ist. ⇒→ AM. im Hinblick auf § 1151 BGB. Kretzschmar, Sachenrecht 79. ←⇐ c) Das KG. (11. 10. 06, ZBlFG. 7 522) hält die Entsch. des KGJ. 26 A 145 — vgl. vorstehend zu a — dahin, es könne, wenn zwei im Range aufeinander folgende Hypotheken einem Gläubiger zuständen, auf Grund der Bewilligung des Grundstückseigentümers und der Zustimmung des Gläubigers für die im Range nachstehende Hypothek der Vorrang vor den jeweils abgetragenen Teilen der vorgehenden Hypothek eingetragen werden, nicht aufrecht. Das KG. läßt es dahingestellt, wie die (dinglich wirkende) Rangänderung hinsichtlich der eintretenden Umgestaltung der Rechtsbeziehungen der beteiligten Rechte untereinander rechtlich zu charakterisieren sei, ob sie als Abtretung des Rangrechts (Prot. III 93, 95) oder als eine durch nichtrechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes und durch jedwede Aufhebung des vortretenden Rechtes resolutiv bedingte beiderseitige Abtretung des Ranganspruchs (so Fuchs, Biermann) oder als eine Belastung des zurücktretenden Rechtes zugunsten des vortretenden (so Planck) aufzufassen sei. Jedenfalls wird, wie das KG. annimmt, bei der Rangänderung von demjenigen, der sein Recht zurücktreten läßt, eine unverzüglich wirksame sachenrechtliche Verfügung über dieses Recht insofern vorgenommen, als von ihm die mit dem Rechte verbundene Berechtigung, Befriedigung aus dem Grundstücke vor den nachstehenden Rechten zu erlangen, zugunsten des vortretenden Rechtes aufgegeben wird. Ein solches Recht ist nicht die Aussicht des Grundstückseigentümers auf möglichen künftigen Erwerb einer Eigentümerhypothek, vielmehr erlangt der Eigentümer ein Vermögensrecht, über das er mit sachenrechtlicher sofortiger Wirkung verfügen kann, erst dann, wenn der Fall der Entstehung der Eigentümerhypothek in seiner Person wirklich eintritt (KGJ. 22 A 163, 26 A 146, 28 A 141, 30 A 244). Würde der Rang der aus einer (vorgehenden) Hypothek künftig etwa entstehenden Eigentümerhypothek der anderen (nachstehenden) Hypothek beigelegt werden, so würde doch tatsächlich das Rangverhältnis zwischen den beiden eingetragenen Hypotheken unverändert bleiben und somit die dingliche Wirkung, die das Gesetz mit der Rangänderung verbunden wissen will, gar nicht eintreten (Predari 344, 604, Güthe 363). Der Hypothekengläubiger kann dem Eigentümer die diesem tatsächlich nicht zustehende Verfügungsmacht hinsichtlich der künftigen Eigentümerhypothek nicht durch seine Zustimmung zur Vorrangseinräumung gewähren, da auch er zur Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek nicht befugt ist. In dieser Beziehung liegt der Fall nicht anders, wenn die Gläubiger der beiden Hypotheken verschiedene Personen sind, auch hier wird die tatsächlich unwirksame Vorrangseinräumung des Eigentümers mit der künftigen Eigentümerhypothek nicht dadurch wirksam, daß der Gläubiger der vorgehenden Hypothek seine Zustimmung gibt, da ihm die künftige Eigentümerhypothek, die im Range zurücktreten soll, nicht zusteht. Insoweit wird auch die Entsch. KGJ. 28 A 139 — IDR. 3 Ziff. 4c zu § 880 — nicht mehr aufrechterhalten.

5. Aus der Praxis. **a** RG. R. 06 749, BayRpflZ. 06 271. Bereits in RG. 59 313 — vgl. IDR. 4 Ziff. 5 zu § 1190 BGB. — hat das RG. ausgesprochen, daß für den dinglichen Umfang einer bewilligten Vorrangseinräumung die Willenseinigung der Parteien auch dann als maßgebend angesehen werden muß, wenn der Inhalt der Einigung in der Grundbucheintragung nicht vollständig zum Ausdrucke gelangt ist, es sei denn, daß ein redlicher Dritter zufolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs entgegenstehende Rechte erworben hat. Deshalb kann der Grundstückseigentümer den nicht valutierten Teil einer Bankhypothek nicht in Anspruch nehmen, wenn bei der Vorrangseinrämung

zwischen den Beteiligten ausdrücklich vereinbart worden ist, der Vorrang solle nur soweit reichen, als auf Grund der von der Bank zu gewährenden Baugelder die Baugelderhypothek selbst zur Entstehung gelangen würde. Die Sachlage ist die gleiche, wenn für den in Konkurs verfallenen Grundstückseigentümer das Recht aus der Eigentümergrundschuld von dem Konkursverwalter verfolgt wird. **b)** OLG. **12** 278, SächsOLG. **27** 437 (Dresden). Räumt in gesonderten Urkunden je ein Hypothekar einer neu einzutragenden Hypothek den Vorrang ein und ist auf Antrag des Berechtigten die Verlautbarung des Zurücktretens eingetragen, so kann auch ohne förmlichen Vertrag über das Rangverhältnis den Umständen entnommen werden, daß die Zwischenhypothekarier ihr Rangverhältnis untereinander nicht ändern, insbes. dieses nicht von dem zufälligen Umstand abhängig machen wollten, welche ihrer Rücktrittserklärungen zuerst zur Eintragung im Grundbuche kommen würde. Und selbst wenn sich aus dem strengen Wortsinne der Erklärungen gemäß § 880 Abs. 3 BGB. wirklich weitergehende Rechte herleiten ließen, als sie dem Willen der Beteiligten entsprachen, würde jedenfalls im Verhältnisse der unmittelbar Beteiligten die Eintragung der Rücktrittserklärungen insoweit unwirksam sein. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 3 zu § 880). **c)** ZBlFG. **7** 526 (KG.). Ein Vermerk dahin, daß einer Hypothek vor den bereits bezahlten Teilen einer vorgehenden Hypothek der Vorrang zustehe, ist ohne bestimmte Angabe der Teilbeträge nicht zulässig (KGJ. **24** A 134).

6. Abs. 4. SeuffBl. **06** 708, BayNotZ. **06** 205, BayRpflZ. **06** 481, R. **06** 1196 (BayObLG.). Die Rangänderung ist auch den nicht zustimmenden Zwischenberechtigten gegenüber wirksam. Bei der Erteilung einer Bescheinigung über den Rang eines Rechtes beschränkt sich die Aufgabe des GBA. auf die Bekanntgabe des Inhalts der das Rangverhältnis betreffenden Eintragungen. Die Richtigkeit von rechtlichen, aus diesen Eintragungen sich ergebenden Schlußfolgerungen ist nicht zu bezeugen.

§ 881. 1. OLG. **14** 90, RJA. **7** 249, R. **06** 938 (KG.). a) Der Grundstückseigentümer hatte bei Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für ein Darlehen von 13000 M. sich das Recht vorbehalten, „falls die vor der Darlehnshypothek eingetragenen Einzelhypotheken im Gesamtbetrage von 54 000 M. zur Löschung kämen, vor dieser wiederum eine Hypothek von 54 000 M. nebst jährlichen Zinsen bis zu 5 pCt. oder mehrere Hypotheken im Gesamtbetrage von 54 000 M. nebst jährlichen Zinsen bis zu 5 pCt. eintragen zu lassen". Die Vorinstanzen hatten die Eintragung des Vorbehalts abgelehnt, weil der Grundstückseigentümer nach Tilgung der vorhergehenden Hypothekenforderungen gemäß § 1163 BGB. über die Hypotheken als Eigentümerhypotheken verfügen könne und es ihm freistehe, nach § 1180 BGB. an die Stelle der Einzelforderungen andere Forderungen bis zur Höhe von 54 000 M. zu setzen. Das KG. hält es auch bei Gangbarkeit der von den Vorinstanzen empfohlenen Wege für unzulässig, dem Eigentümer den durch § 881 ihm eröffneten Weg zu verschließen, und bejaht die Möglichkeit, den Rangvorbehalt an die Bedingung zu knüpfen, daß die bereits vorher eingetragenen Hypotheken zur Löschung gelangen. b) Ist die Hypothek ohne den Rangvorbehalt eingetragen worden, so bedarf es zur nachträglichen Eintragung des Rangvorbehalts der Beilliguwng des HypGläubigers als Passivbeteiligten, es genügt nicht der Nachweis, daß die Einigung über die Bestellung der Hypothek den Rangvorbehalt mitumfaßt habe (GBO. §§ 22, 29), da im Wege der Grundbuchberichtigung zwar die Löschung der nicht ohne den Rangvorbehalt gewollten Hypothek, nicht aber die nachträgliche Eintragung des Vorbehalts erfolgen könnte. Die Bewilligung des Hypothekengläubigers ist aber ausreichend. Der Grundsatz, daß bei einer vorbehaltlos eingetragenen Hypothek ein Rangvorbehalt nicht nachträglich im Grundbuche vermerkt werden kann, viel-

mehr nur noch die Eintragung einer Rangänderung gemäß § 880 BGB. zulässig ist (vgl. KGJ. **21** A 306), gilt nicht, wenn der Antrag auf Eintragung des Vorbehalts zugleich mit dem Antrag auf Eintragung der Hypothek gestellt worden ist, das GBA. aber den ersten Teil des Antrags übersehen oder ihn irrtümlich zurückgewiesen hat.

2. **a**) ElsLothNotZ. **06** 258 (LG. Straßburg). Zwar erwähnt § 881 nicht ausdrücklich den Vorbehalt des Gleichranges, allein nach dem Grundsatz: „in majore minus continetur" besteht kein Zweifel, daß der Eigentümer auf Grund des § 881 auch zur Eintragung des Vorbehalts des Gleichranges mit dinglicher Wirkung befugt ist. **b**) AM. Kretzschmar, Sachenrecht 84, welcher eine solche Vereinbarung nur mit obligatorischer Wirkung zuläßt und empfiehlt, sofort mit dem Rechte und im Range mit ihm eine Eigentümerhypothek (→ Grundschuld? Red. ←) eintragen zu lassen.

§ 883. 1. Wesen der Vormerkung. **a**) *du Chesne, ZBlFG. **7** 195. Dingliche Sicherung durch Vormerkung und Widerspruch ist nicht Schaffung eines dinglichen Rechtes oder Elements, sondern nur Sicherung gegen eine zu befürchtende Vereitelung des in Aussicht genommenen dinglichen Rechtes bzw. Sicherung gegen eine zu befürchtende Zerstörung des bestehenden dinglichen Rechtes, mittels Beschränkung des wirklichen oder scheinbaren Herrschaftsberechtigten. Wird sie durch Vertrag begründet, so besteht ein klagbares Recht auf Vornahme der Selbstbeschränkung nur, wenn auch dies durch Vertrag begründet ist (§§ 883, 899 BGB.). **b**) *du Chesne, SeuffBl. **06** 408. Die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs wird infolge des Zuschlags nicht unmöglich; es bedarf also der Annahme eines Rechtes auf den Erlös als Surrogat des vorgenannten Anspruchs nicht. Ein solches Recht ist aber auch nicht gegeben, weil es voraussetzen würde, daß der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch sich in ein dingliches Recht verwandelt hätte (§§ 883, 1179 BGB.).

2. Zulässiger und unzulässiger Inhalt einer Vormerkung. **a**) ElsLothJZ. **06** 568, ElsLothNotZ. **06** 347 (Colmar). Sowohl der Anspruch auf Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu bestimmtem Betrag, wie der auf Eintragung der Unterwerfungsklausel sind vormerkungsfähig, letzterer aber nur in Verbindung mit ersterer. **b**) ElsLothJZ. **06** 442, ElsLothNotZ. **06** 214, OLG. **13** 196, PucheltsZ. **06** 554 (Colmar). Die Vormerkung einer Vollstreckungsklausel oder des Anspruchs auf eine solche ist ohne gleichzeitige Vormerkung des Hauptrechts, der Hypothek zu bestimmtem Betrag, unzulässig. **c**) Unzulässigkeit der Vormerkung eines Anfechtungsanspruchs — wie JDR. **4** Ziff. 4a zu § 883 — auch SächsRpflA. **06** 540 (Dresden) und BadRpr. **06** 3 (LG. Karlsruhe), dieses mit dem Zusatz: Zur Eintragung eines Veräußerungsverbots bedarf es der Glaubhaftmachung der Gefährdung des zusichernden Anspruchs. **d**) KGJ. **31** A 321, RJA. **7** 62, KGBl. **06** 40 (KG.). Zulässig ist die Eintragung einer Vormerkung bei einer Hypothek des Inhalts, daß der Gläubiger zur Abtretung des Vorranges an eine neu einzutragende Hypothek verpflichtet ist, deren Betrag nicht bestimmt ist, sondern von der Schätzung durch einen Sachverständigen abhängt (vgl. § 317 BGB.). Durch die Vormerkung erlangt nur der jetzige Eigentümer und sein Rechtsnachfolger in die Forderung aus dem der Eintragung zugrunde liegenden Vertrage gegen den HypGläubiger einen Anspruch auf Bewilligung der Rangänderung. Die dingliche Rangänderung selbst unterliegt allerdings dem Grundsatze der Spezialität, da sie nach § 879 Abs. 3 und § 880 BGB. bestimmte Rechte und ein festbestimmtes Rangverhältnis zwischen ihnen voraussetzt. **e**) BadRpr. **06** 109 (LG. Mainz). Vormerkungen zur Sicherung des Rechtes auf Eintragung

einer Zwangshypothek sind unzulässig, weil diese Hypothek mit der Eintragung kraft Gesetzes entsteht (ZPO. § 867).

3. **a)** Wittmaack, R. **06** 465, bejaht die Möglichkeit, den in einem limitierten Vorkaufsrecht (d. i. dem Rechte, bei einem Verkaufe gegen einen im voraus bestimmten Preis in den Kaufvertrag einzutreten) liegenden Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums durch Eintragung einer Vormerkung zu sichern. Der vorgemerkte Anspruch bleibt ein persönlicher und nötigt nur die Rechtsnachfolger des Verpflichteten zur Erfüllung des Anspruchs. Die §§ 1136, 1149 BGB. stehen der Begründung eines limitierten Vorkaufsrechts für den Hypothekengläubiger nicht entgegen. Die analoge Anwendung des § 514 BGB. auf das limitierte Vorkaufsrecht ist unzulässig, dagegen ist der § 510 analog anzuwenden und es ist auch bei einem Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung (anders §§ 512, 1098 BGB.) zulässig. **b)** Kretzschmar, Sachenrecht 89, verneint dagegen die Zulässigkeit der Vormerkung des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts, da es sich weder um einen Anspruch (vielmehr nur um ein Recht), noch um einen bedingten Anspruch (vielmehr um eine durch Rechtsgeschäft begründete Verfügungsbeschränkung des Verpflichteten) handle, hält vielmehr einen dinglichen Schutz des Rechtes zum Vorkauf nur durch Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts für möglich. **c)** OLG. **14** 71, PosMschr. **06** 111 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung für ein Wiederkaufsrecht des Inhalts, daß auch ein Dritterwerber des Grundstücks zum Wiederverkaufe verpflichtet wäre.

4. KGJ. **31** A 324, RJA. **7** 64 (KG.). Eine Vormerkung kann nur für eine bestimmte Person, nicht für den jeweiligen Inhaber eines Rechtes eingetragen werden. Vgl. aber auch zu § 1179 BGB.

5. **RG.** JW. **06** 424, SeuffA. **61** 319, RheinA. **103** II 252. Die Vormerkung hat nur für das Verhältnis zu Dritten Bedeutung. Dem Grundstückseigentümer (und dem an seine Stelle tretenden Verwalter seiner Konkursmasse) gegenüber können Ansprüche wegen vertragsmäßigen Verzichts auf eine Eigentümerhypothek auch dann geltend gemacht werden, wenn der Vertragsanspruch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert ist.

6. KGJ. **31** A 324 (KK). Kennzeichnet sich eine Eintragung ihrem Inhalte nach unzweideutig als eine Vormerkung, so kann im Beschwerdewege nicht verlangt werden, daß der in dem Eintragungsvermerke fehlende Ausdruck „Vormerkung" nachträglich eingetragen werde.

7. Abs. 2. OLG. **14** 120 (KG.). Zulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Bestellung eines Pfandrechts an einer Hypothek, soweit die Forderung der jetzt eingetragenen Hypothek erloschen sei oder in Zukunft erlösche oder das Eigentum mit der Hypothek in einer Person vereinigt werde. Gefolgert aus § 883 Abs. 2 und der Analogie des § 1179 BGB. und unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes, daß der Eigentümer als der eventuell eingetragene Inhaber der ihm gemäß § 1177 zufallenden Hypotheken anzusehen sei, trotz der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO., da andernfalls für die Eintragung einer Vormerkung aus § 1179 BGB. ebenfalls die Voraussetzung der zuvorigen Eintragung des Eigentümerhypothekars gefolgert werden müßte.

§ 885. *Wunderlich aaO. 36 Anm. 8, 86/87. Die Bewilligung der Vormerkung ist ebenso wie die des Widerspruchs (§ 899 Abs. 2) eine echte Eintragungsbewilligung i. S. des § 19 GBO. (AM. Fuchs I 128 unter 2, 187, Oberneck I 349, 374.) Die Bewilligung der Vormerkung ist kein rechtsgeschäftlicher Kreationsakt eines Sachenrechts, ist überhaupt kein Verfügungsgeschäft. Der gutgläubige Erwerber einer Vormerkung wird deshalb in seinem Erwerbe weder durch § 892 noch durch § 893 geschützt.

§ 888. 1. *Wunderlich aaO. 36 Anm. 8. Die Zustimmung des Erwerbers ist keine privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern identisch mit der dem Eintragungsverfahren angehörigen Eintragungsbewilligung. Dasselbe gilt von der Zustimmung im § 894 BGB. Dagegen ist nach dem Sprachgebrauche der GBO. unter „Zustimmung" nie die Eintragungsbewilligung zu verstehen. Die „Zustimmung" in den §§ 876, 880, 1183 BGB. ist dagegen ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Privatrechts.

2. **RG. 62** 375, 378, JW. **06** 165, SchlHolstAnz. **06** 102. Ob § 888 auf Vormerkungen aus § 18 GBO. Anwendung findet, ist streitig. Für die Verneinung der Frage spricht die Erwägung, daß dem späteren Erwerber des von der Eintragung betroffenen Rechtes durch die von Amts wegen eingetragene Vormerkung in Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 17, 18 GBO. deutlich erkennbar gemacht ist, daß das vorgemerkte Recht endgültig eingetragen wird, sobald die vorläufig entgegenstehenden Hindernisse behoben sind, daß also die Eintragung des späteren Erwerbers mit diesem Vorbehalt erfolgt ist. Es bedarf daher keiner Verurteilung des Erwerbers in die Zustimmung zur Umschreibung der Vormerkung in die endgültige Eintragung. Vgl. auch Ziff. VI 2 zu § 892.

3. SächsRpflA. **06** 436 (Dresden). Gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch sind alle Einreden zulässig, die dem ursprünglichen Schuldner gegen ihn zustehen.

§ 890. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **4** Ziff. 3 zu § 890 — auch OLG. **12** 145.

2. SeuffBl. **06** 131, BayRpflZ. **06** 275 (BayObLG.). Voraussetzung der Vereinigung ist, daß der Eigentümer seinen darauf gerichteten Willen erklärt hat und aus dem Grundbuch ersichtlich wird, daß die mehreren Grundstücke ein einheitliches Ganzes bilden sollen. Ein der Vereinigung sachlich entsprechender Zustand muß auch Beachtung finden, wenn er sich im Geltungsbereich eines früheren Landesgesetzes vollzogen hat.

3. KGJ. **31** A 236 (KG.). Werden mehrere Katasterparzellen, die im Grundbuche, sei es auch auf einem Blatte unter verschiedenen Nummern, als selbständige Grundstücke (§ 4 GBO., § 8 Abs. 3 N. 2 AllgVerf. v. 20. 11. 99) eingetragen sind, vom Katasteramt gemäß § 28 der Anw. d. FM. v. 21. 2. 96 zusammengelegt, so wird dadurch die rechtliche Natur der einzelnen Parzellen als selbständiger Grundstücke nicht geändert. Vielmehr tritt eine Änderung in dieser Hinsicht erst dann ein, wenn die mehreren Grundstücke auf einen Antrag des Eigentümers, für den die Formvorschrift des § 29 GBO. gilt, im Wege der Vereinigung oder Zuschreibung als Bestandteil zu einem Grundstücke zusammengeschrieben werden.

4. KGJ. **31** A 239, auch RJA. **6** 247, JDR. **4** Ziff. A 1, B 3, C 3 zu § 71 GBO. Im § 890 ist zur Vereinigung mehrerer Grundstücke nur erfordert, daß ihr Eigentümer seinen auf die Vereinigung gerichteten Willen erklärt; der Zustimmung der Hypothekengläubiger oder sonstigen dinglich Berechtigten bedarf es nicht, da auch bei der ZwVerst. des Grundstücks ihre Rechtslage sich nicht verschlechtert, es steht ihnen deshalb auch gegen die vom Eigentümer veranlaßte Vereinigung die Beschwerde nicht zu. Anders im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks zu dem anderen als Bestandteil (§ 890 Abs. 2), KGJ. **30** A 178, JDR. **4** Ziff. 3 zu § 890.

5. SeuffBl. **06** 419 (BayObLG.). Liegen die zu vereinigenden Grundstücke (§ 890 Abs. 1) in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken, so kann dies nur geschehen, wenn in allen diesen Bezirken das Grundbuch als angelegt gilt (Art. 5 Bay. AGGBO u. AGZVG.).

6. *Zeitler, BayRpflZ. **06** 237 f., behauptet im Gegensatze zu der in dieser Richtung für nicht bindend erklärten Auffassung der BayDAnw. für die GBÄmter (§ 318), daß sich im Geltungsgebiete der genannten DAnw. jeder Fall der Zusammenmessung von Grundstücken oder Grundstücksteilen ➹ natürlich einen entsprechenden Parteiantrag vorausgesetzt ⇜ unter einen der beiden Absätze des § 890 BGB. subsumieren läßt.

7. Über das Schutzfolium, dessen Bestehen identisch ist mit dem der Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken zu einer rechtlichen Einheit, und das Grundbuch in Bayern handelt Steiner, BayRpflZ. **06** 99 u. Zimmermann ebenda 207.

8. Über die Hinzuschlagung von Grundstücken nach den §§ 7—12 des sächs. AGBGB. s. Kretzschmar, SachenR. 106.

§ 891. 1. PosMschr. **06** 108 (KG.). Die Feststellung, daß das Grundbuch unrichtig sei, kann zwar von dem Grundbuchrichter aus Quellen jeder Art geschöpft werden, andererseits kann aber die Widerlegung der aus § 891 BGB. fließenden Vermutung nur durch die wirkliche Feststellung geschehen, daß das Grundbuch unrichtig ist. Bloße Vermutungen und gedachte Möglichkeiten reichen zur Widerlegung nicht aus.

2. **RG.** JW. **06** 17. Eine Gewähr für Richtigkeit und Vollständigkeit leistet das Grundbuch nur hinsichtlich der Rechte, die der Eintragung bedürfen, um Dritten gegenüber Wirksamkeit zu haben, nicht hinsichtlich solcher Rechte, welche, wie z. B. in Preußen die gemeinen Lasten (AGBGB. Art. 11) und nach BGB. die Überbau- und Notwegrente (§§ 914, 917) nicht in das Grundbuch gehören, oder welche zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, die aber eingetragen werden können. Deshalb muß der Erwerber einer unter der Herrschaft des früheren preußischen Rechtes (§ 12 EEG.) entstandenen eingetragenen Grunddienstbarkeit mit der Möglichkeit des Erloschenseins und der Erwerber eines Grundstücks mit der Möglichkeit des Bestehens nicht eingetragener oder gelöschter Dienstbarkeiten rechnen.

3. Josef, R. **06** 999. Wenn ein Grundstück im Bezirke des Amtsgerichts X. liegt, das Grundbuch aber versehentlich vom Amtsgericht Y. geführt wird, so sind alle von diesem bewirkten Eintragungen rechtsgültig und des öffentlichen Glaubens teilhaftig, ganz als ob das Grundbuch vom zuständigen Gericht geführt wäre (§ 7 FGG.).

4. SächsOLG. **27** 153. Die Vermutung des § 891 bezieht sich auch auf Eintragungen, die vor Anlegung des Grundbuchs (i. S. von Art. 186 EG. BGB.) bewirkt worden sind.

§ 892. I. Angaben des Grundbuchs über tatsächliche Verhältnisse. 1. a) **RG. 61** 188, 194. Der Einwirkung des Grundbuchglaubens sind nicht bloß die aus dem Kataster- oder Lagerbuch oder aus sonstigen amtlichen Verzeichnissen in das Grundbuch übertragenen Angaben über Größe und Lage des Grundstücks, sondern auch alle Feststellungen über Bestandteils- oder Nichtbestandteilseigenschaft einer Sache entzogen, mögen sie im Grundbuche vermerkt sein oder nicht. b) SächsRpflA. **06** 104 (Dresden). Die Angaben über die Lage und Größe der Grundstücke auf Grund des Flurbuchs, der Flurkarten und des Menselblatts sind Angaben tatsächlicher Natur, auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht erstreckt.

2 *Riezler, AZivPr. **98** 390 f. Der Grundsatz der Unmöglichkeit einer Duplizität des Bucheigentums ist seiner Natur nach stärker als der im § 892 niedergelegte Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Bestehen daher bei unrichtiger Grundbuchführung für dasselbe Grundstück zwei Grundbuchblätter und wird nun zufolge zweimaliger Auflassung durch den bisherigen Eigen-

tümer (oder dessen Vertreter) zuerst der Erwerber A. auf fol. 1 eingetragen und nachher der Erwerber B. auf fol. 2 ebenfalls als Eigentümer gebucht, so erwirbt Eigentum nur der auf fol. 1 eingetragene Erwerber A., und es kann auch nicht ein Dritter im Vertrauen auf die Richtigkeit des fol. 2 von dem hier eingetragenen B. Eigentum am Grundstück erwerben.

II. Nichtrechtsgeschäftlicher Erwerb. **RG.** R. **06** 684. Wer eine Eigentümergrundschuld im Wege der Pfändung und Überweisung erworben hat, muß den gegen den Eigentümer auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung begründeten Anspruch eines nachstehenden Hypothekengläubigers darauf, daß von der Eigentümergrundschuld nicht zu seinem Nachteile Gebrauch gemacht werde, gegen sich gelten lassen.

III. Eintragung eines Widerspruchs. SeuffBl. **06** 223 (BayObLG.). Ist eine Hypothek für ein Baugelddarlehn eingetragen und ein Widerspruch gegen den Rechtsbestand der Hypothek, weil Geldbeträge nicht zum Bauen verwendet worden seien, bei der Hypothek vermerkt, so kann sich der Erwerber der Hypothek auf seinen guten Glauben nicht berufen, wenn er von dem wirklichen Inhalte der Widerspruchserklärung Kenntnis hatte (gemeines Recht).

IV. Kenntnis des Erwerbers. 1. Die Entsch. des RG. JDR. **4** Ziff. 3 zu § 892 — jetzt auch **RG. 61** 195.

2. **RG.** BayRpflZ. **06** 248. In der Hingabe von Wechseln zur Tilgung einer Hypothekenschuld, wenn sie auch nur zahlungshalber erfolgt, liegt eine bedingte Tilgung der Schuld, deren Kenntnis den Erwerber bösgläubig machen kann.

3. **a)** BayObLG. **6** 588, SeuffBl. **06** 418 (BayObLG). Der Schutz des öffentlichen Glaubens ist nicht davon abhängig, daß der Erwerber das Grundbuch eingesehen oder sich durch eine Mittelsperson Kenntnis von dessen Inhalte verschafft hat. Es kommt nicht auf eine mehr oder minder sichere Kenntnis von dem Inhalte des Grundbuchs an, sondern es genügt, daß der wirkliche Inhalt in gutem Glauben vorausgesetzt wird. Bei der Bestellung einer Hypothek ist nicht erforderlich, daß die den Erwerb gewährleistende Eintragung des Bestellers als des Grundstückseigentümers schon zur Zeit der Bestellung der Hypothek besteht, der öffentliche Glaube kommt vielmehr dem Gläubiger auch dann zustatten, wenn der Besteller erst nachher als Eigentümer und im unmittelbaren Anschlusse daran die bestellte Hypothek eingetragen wird. Die Entsch. des **RG.** JW. **05** 531 — vgl. JDR. **4** Ziff. 3 zu § 892 — betrifft eine andere Frage, sie schließt die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus, wenn der Erwerber gewußt hat, daß das, was nach dem Grundbuche dem Veräußerer, in Wirklichkeit aber einem Dritten gehört, ihm nicht übertragen werde, und es demgemäß auch nicht hat erwerben wollen. **b)** SchlHolstAnz. **06** 161 (Kiel). Eine Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Eintragung liegt nicht ohne weiteres in der Kenntnis der Tatsachen, welche die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage ergeben, vielmehr bedarf es des Nachweises entweder, daß der Erwerber die dem Grundbuchrichter vorgebrachten Tatsachen besser beurteilt als jener und dessen Rechtsirrtum erkannt hat, oder daß ihm Tatsachen, die der Grundbuchrichter nicht kannte, bekannt gewesen sind und er zugleich gewußt hat, daß diese Tatsachen zu einer von der des Grundbuchrichters abweichenden Beurteilung nötigten. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 989. Eine Erkundigungspflicht legt das Gesetz dem Erwerber einer Hypothek nicht auf, seine Kenntnis entscheidet und diese wird dadurch noch nicht vermittelt, daß ein Recht behauptet wird, über dessen Inhalt und Entstehung jede Angabe fehlt. Auch Mitteilungen Dritter können den Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nur erschüttern, wenn sie glaub-

würdig sind sowohl nach der Person, von der sie ausgehen, als auch nach ihrem Inhalt und den tatsächlichen Angaben, die über den behaupteten Mangel gemacht werden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist im wesentlichen Tatfrage.

4. **a)** SächsRpflA. **06** 105, OLG. **12** 132 (Dresden). Dem Erwerber, dem die Kenntnis der die Unrichtigkeit des Grundbuchs begründenden Tatsachen nachgewiesen ist, ist die Berufung auf einen Rechtsirrtum nicht schlechthin abgeschnitten. Nach dem ersten Entwurfe des BGB. (§ 837 Abs. 2) sollte die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, der Kenntnis der Unrichtigkeit gleichgestellt werden, die Kommission für die 2. Lesung hat jedoch (Prot. VI 222) diese Bestimmung gestrichen und es der freien Beweiswürdigung überlassen, das Vorhandensein der Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu prüfen und einer frivolen Berufung auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtsirrtum entgegenzutreten. Den Rechtsirrtum selbst hat sie ebenso wie die D. 121 zu dem später Gesetz gewordenen § 876 des 3. Entw. zur Annahme des guten Glaubens für ausreichend erachtet.

5. **RG.** ZBlFG. **6** 673, R. **06** 803. Nur obligatorische Beziehungen machen das Grundbuch nicht unrichtig; ihre Kenntnis schadet dem dritten Erwerber nicht. Die Vereinbarung, auf den Erwerb einer Eigentümerhypothek zu verzichten, ist daher ohne Eintrag dem Dritten gegenüber unwirksam.

6. **RG.** JW. **06** 94. Der Grundsatz von der Unanfechtbarkeit gutgläubigen Erwerbes äußert seine Wirksamkeit auch gegenüber solchen Einreden, die sich gegen den dinglichen Bestand der Hypothek richten, soweit solche nicht aus dem Grundbuche selbst hervorgehen. Die Tatsache, daß die Hypothek auf einem deutschrechtlichen Fideikommißgute eingetragen ist, steht daher dem guten Glauben, daß es sich um eine rechtswirksame Fideikommißschuld handle, nicht entgegen (§§ 9, 38, 49 des früheren PrEEG.). Vgl. **RG.** **34** 232 u. **39** 266.

V. Zeitpunkt der Kenntnis. **RG.** R. **06** 444. Wenn die Abtretung einer Hypothek nur zu dem Zweck erklärt worden ist, um die Realisierung eines schon früher für den Erwerber an der Hypothek bestellten Pfandrechts in die Wege zu leiten, so kommt es für die Beurteilung der Frage, ob der Erwerber dem von dem beklagten Grundstückseigentümer erhobenen Einwande des Nichtbestandes der Forderung ausgesetzt ist, nicht darauf an, ob der Erwerber zur Zeit der Abtretung in gutem oder schlechtem Glauben in Beziehung auf die Hypothek gewesen ist, sondern nur darauf, wie es in dieser Beziehung mit seinem pfandrechtlichen Erwerbe stand. Vgl. o. Ziff. IV 3a.

VI. Grenzen des öffentlichen Glaubens. 1. WürttZ. **06** 340 (Stuttgart). Dem gutgläubigen Erwerber einer Hypothek steht der Schutz des § 892 nicht zur Seite, wenn die Hypothekenbestellung wegen Geschäftsunfähigkeit des Bestellers nichtig ist.

2. **RG.** **62** 375, JW. **06** 165, SchlHolstAnz. **06** 102. Gegenüber schon beantragten Eintragungen versagt der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Dies ergibt sich aus dem § 879 BGB. und den §§ 17, 46 GBO., die durch die §§ 892, 893 BGB. nicht berührt werden. Wenn deshalb ein Antrag auf Eintragung einer Hypothek zwar bei der Auflassung des zu belastenden Grundstücks noch unerledigt ist, aber für ihn vor Eintragung des neuen Eigentümers eine Vormerkung gemäß § 18 GBO. eingetragen wird, so muß sich der neue Erwerber die Eintragung der Hypothek gefallen lassen.

3. **RG.** DJZ. **06** 317, ZBlFG. **6** 772. Der Grundsatz, daß die Kenntnis des Erwerbers von einem älteren Rechtsgeschäfte, das einem Dritten einen persönlichen Anspruch auf Auflassung gewährt, dem Eigentümer nicht entgegensteht (§ 4 PrEEG.), gilt auch jetzt noch (§ 892), wird aber durch das Verbot

illoyaler Schädigungen (§ 826) dahin eingeschränkt, daß das Verbot auch auf eine in Ausübung formaler Rechte vorgenommene Handlung Anwendung findet, falls diese Handlung dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt.

VII. Abs. 1 Satz 2. Verfügungsbeschränkungen. 1. *Herold, SächsRpflA. **06** 481, erörtert die Frage, wie im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen wirken, und fordert zu deren Lösung eine scharfe Unterscheidung zwischen Verfügungsbeschränkungen, die auf einem Veräußerungsverbote (§ 135 BGB.), und solchen, die auf der Beschränkung des Verfügungsrechts (der Verfügungsmacht) beruhen. Die Eintragung eines relativen Veräußerungsverbots kann das Grundbuch nie sperren, gibt vielmehr nur einen Berichtigungsanspruch nach § 888 BGB., dagegen wirkt die eintragungsbedürftige (dingliche) Verfügungsbeschränkung in dem ihr sonst vom Rechte gegebenen Umfange wie jede andere nicht eintragungsbedürftige und deshalb nicht eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung, z. B. die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau (§ 1404 BGB.). Als Beschränkungen in der Verfügungsmacht sind hierher zu rechnen die Beschränkung des Erben durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2205, 2211 BGB.), die des Vorerben durch Verwaltungsentziehung nach §§ 2129, 1052 BGB., die Wirkung, die die Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner bezüglich der Konkursmasse hat (§ 6 KO.), die Einleitung der Nachlaßverwaltung (§ 1984 BGB.) und die Beschränkung des Vorerben durch die Rechte des Nacherben (§ 2113 BGB.). Vgl. o. Eccius Ziff. 1 zu § 878.

2. **RG.** JW. **06** 107. Zu den im § 892 Abs. 1 Satz 2 erwähnten Verfügungsbeschränkungen gehören die gesetzlichen oder die von einem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde erlassenen Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen, deren Verletzung in den §§ 135, 136 BGB. diesen Personen gegenüber für unwirksam erklärt wird. Ein bergrechtlicher Enteignungsbeschluß (§ 144 PrAllgBergG.) enthält in dem Ausspruche der zwangsweisen Abtretung zugleich ein Veräußerungsverbot zum Schutze des Bergwerksbesitzers.

3. NaumburgAK. **06** 58 (LG. I Berlin). Die Eintragung eines Vorkaufsrechts (als einer Verfügungsbeschränkung) hindert die Auflassung und Eintragung nicht, sondern macht lediglich die Eigentumseintragung den zu schützenden Personen gegenüber unwirksam.

§ 894. I. Legitimation für den Berichtigungsanspruch. 1. **a) RG.** DJZ. **06** 1374, JW. **06** 748 im Anschluß an **RG. 59** 289 (JDR. **4** Ziff. 2c zu § 894). Der Zessionar eines Berichtigungsanspruchs ist legitimiert, im eigenen Interesse eine Grundbucheintragung auf den Namen des Zedenten herbeizuführen. **b) RG. 62** 322, JW. **06** 137, PosMschr. **06** 22. Der auf Grund der Auflassung eingetragene neue Eigentümer ist berechtigt, einen dem Veräußerer zustehenden Berichtigungsanspruch auf Richtigstellung der Bestandsangaben des Grundbuchs im Grundbuche des ihm aufgelassenen Grundstücks geltend zu machen, vorausgesetzt, daß dem Veräußerer ein Berichtigungsanspruch zustand und dieser nach der Absicht der an der Auflassung Beteiligten auf den neuen Eigentümer übergehen sollte. Damit nicht im Widerspruche **RG. 59** 294 (vgl. JDR. **4** Ziff. 2c zu § 894), wo nur bemerkt ist, daß durch Abtretung des Berichtigungsanspruchs allein der Übergang dinglicher Rechte, soweit dieser die Einigung der Berechtigten und die Eintragung in das Grundbuch voraussetzt (§ 873 BGB.), nicht herbeigeführt werden kann, weil es für das Liegenschaftsrecht an einer Bestimmung fehlt, wie sie für das Fahrnisrecht im § 931 BGB. rücksichtlich der Abtretung des Herausgabeanspruchs erlassen ist.

2. WürttZ. 18 65 (Stuttgart). Zulässig ist die Klage eines Grundstückseigentümers gegen einen angeblichen Hypothekengläubiger auf Feststellung, daß die Hypothek diesem Gläubiger nicht zustehe, auch wenn sie (z. B. weil sie Eigentümergrundschuld des früheren Grundstückseigentümers geworden ist) dem Kläger nicht zusteht.

3. R. 06 62 (BayObLG.). Die Berichtigung kann auch von einem Gläubiger im Falle des § 14 GBO. beantragt werden.

II. SächsRpflA. 06 439 (Dresden). Die Bestimmung des § 894 setzt voraus, daß der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an einem Grundstücke mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, und gibt demzufolge dem dinglich Berechtigten, dessen Recht außerhalb des Grundbuchs besteht, in letzteres aber nicht oder nicht richtig eingetragen ist, die Befugnis, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen zu verlangen, zu dessen Gunsten dieses eine andere Rechtslage aufweist (vgl. RG. 53 408). Eine Unrichtigkeit liegt aber hinsichtlich des Rangverhältnisses zweier Hypotheken nicht vor, wenn die Beteiligten zwar über die Änderung des Rangverhältnisses einig geworden sind und die Bewilligung beim GBA. eingereicht haben, die Eintragung im Grundbuch aber nicht erfolgt ist (BGB. § 880).

III. Verfügungsbeschränkung. KGJ. 31 A 263, DJZ. 06 148 (KG.). Wird ein Erbanteil gepfändet, so hat der Erbe sich aller Verfügungen über ihn, welche dem Gläubiger nachteilig sind, zu enthalten (§ 859 ZPO.), und jedes hiergegen verstoßende Rechtsgeschäft ist wirkungslos (§ 135 BGB.). Dies erstreckt sich auch auf Verfügungen über die einzelnen Gegenstände der Erbschaft (§ 2040 Abs. 1 BGB., vgl. § 1276). Die als Wirkung der Pfändung des Erbanteils eintretende Verfügungsbeschränkung ist im Grundbuch im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen (ZBlFG. 3 821, GruchotsBeitr. 48 58, DJZ. 00 393, OLG. 7 354, KGJ. 25 A 120), und zwar in Abt. II des Grundbuchs. Ebenso ElsLothNotZ. 06 151).

§ 899. 1. *du Chesne, SächsRpflA. 06 289. Das Widerspruchsrecht (§ 899 BGB.) steht dem an der Sicherung des Berichtigungsanspruchs Interessierten, nicht dem Berichtigungsberechtigten als solchem zu; zugunsten des ersteren ist sonach der Widerspruch einzutragen.

2. DJZ. 06 884, BayObLG. 6 741, R. 06 125 (BayObLG.). Die Eintragung, daß der Gläubiger auf Grund eines gegen den Eigentümer erlangten Vollstreckungstitels in Ansehung der für die Nebenforderungen eines Hypothekengläubigers eingetragenen Sicherungshypothek „gegen die Richtigkeit des Grundbuchs Widerspruch erhebt, die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Eigentümerhypothek behauptet und diese anstrebt", kann nicht auf Grund einer einstw. Verfügung, die sich gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks richtet, sondern nur auf Grund einer einstw. Verfügung erfolgen, die sich gegen den HypGläubiger richtet. Eine solche einstw. Verfügung erfordert die Glaubhaftmachung, daß die für die Nebenforderungen eingetragene Sicherungshypothek nicht mehr dem HypGläubiger, sondern dem derzeitigen Eigentümer des belasteten Grundstücks zusteht.

3. R. 06 246 (Rostock). Eine einstweilige Verfügung nach § 899 kann nicht gegen einen unbestimmten Gegner erlassen werden.

4. BayRpflZ. 06 65 (BayObLG.). Der § 899 Abs. 2 setzt die Anlegung des Grundbuchs voraus und ist auf Protestationen nach § 27 BayHypG. nicht anwendbar.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Hörig, Rauch, Ruß, Geräusch und ähnliche Einwirkungen im § 906 und die zivilrechtlichen Ansprüche gegen sie. Leipzig 1906. — H. Schelcher, Der öffentliche

Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht, FischersZ. **31** 1—98. — Scherer, Bauausführung. Welche Rechte hat der Nachbar, wenn infolge fahrlässiger Bauausführung sein Gebäude beschädigt wird, Risse erhält, SeuffBl. **06** 551—553. — Trendel, Feld- und WaldNachbarrecht in bezug auf Pflanzungen, SeuffBl. **06** 508—521.

Zu §§ 903 ff. Sog. öffentliches Eigentum. *Schelcher, FischersZ. **31** 1 ff. Der öffentliche Weg erscheint stets in doppelter Funktion, einmal als Sache des öffentlichen Rechtes, sofern seine Eigenschaft als Träger des allgemeinen Verkehrs, sodann als Sache des Privatrechts, sofern das Wegeareal für sich allein betrachtet wird; hier ist er rein privatrechtlich, dort rein öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Beide Funktionen, wie beide Rechtsgebiete, schließen einander unbedingt aus; sie sind inkommensurable Größen derart, daß auch ein gegenseitiges feindliches Berühren beider Rechtssphären infolge der übergeordneten Stellung des öffentlichen Rechtes begrifflich unmöglich wird. Dieselbe Teilung der Funktionen kehrt beim Staate, und was ihm gleichsteht, wieder, der sonach den Weg nach ausnahmslos öffentlichem Rechte beherrscht und nach privatem Rechte im Eigentum hat. Abzulehnen ist das sog. öffentliche Eigentum. — Der Gemeingebrauch ist kein Recht, sondern Ausdruck menschlicher Betätigungsfreiheit auf dem öffentlichen Wege.

§ 903. 1. OLG. **12** 121 (Hamburg). Erleidet ein Grundstück durch Versiegen eines Brunnens infolge Entziehung des Grundwassers durch den Nachbarn eine Verschlechterung in wirtschaftlicher Hinsicht, so stellt dies keine Einwirkung auf die Substanz des Grundstücks dar, wie sie § 903 im Auge hat.

2. ElsLothJZ. **06** 22 (Colmar). § 903 wendet sich gegen rechtswidrige, positive menschliche Handlungen; § 908 fordert dagegen ein Eingreifen des Menschen zur Abwehr der Gefahren, welche von der toten, dem Naturgesetz der Schwerkraft unterworfenen Sache drohen.

§ 904. **a)** OLG. **12** 121 (Hamm). § 904 statuiert nicht ein durch Klage zu erzwingendes Recht, sondern erklärt nur die Selbsthilfe in den fraglichen Notstandsfällen für erlaubt. **b)** RheinA. **102** I 231, PucheltsZ. **06** 614 ff. (Cöln). Um den Schadensersatzanspruch nach Satz 2 zu begründen, bedarf es nur der Tatsache des Eingriffs in fremdes Eigentum unter den in Satz 1 angegebenen Voraussetzungen, des Vorhandenseins des Schadens und des Kausalzusammenhanges zwischen Eingriff und Schaden. Ein absichtliches oder vorsätzliches Eingreifen ist zum Begriffe der Einwirkung nicht erforderlich.

§ 905. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 123 (Hamburg). Ein Interesse an der Beseitigung elektrischer Lichtkabel ist auch dann gegeben, wenn die Kabel den Kläger unstreitig am Höherbauen seiner Häuser hindern, ohne Rücksicht darauf, ob von ihm ein Höherbauen zur Zeit beabsichtigt wird oder nicht. Im übrigen wie **RG. 59** 117 ff., JDR. **4** Ziff. II; vgl. JDR. **3** zu § 905. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 20 (Hamburg) über Beseitigung von Verzierungen eines Hauses, die in den Luftraum des Nachbarn ragen. Wenn anerkannt wird, daß wegen eines vorgekommenen Überbaues auf den Nachbargrund eine Rente zu leisten ist, ist der Einwand ausgeschlossen, daß der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten könne, die so hoch oben vorgenommen werden, daß er an ihrer Ausschließung kein Interesse habe.

§ 906. I. *Hörig 12 ff. Zu den Einwirkungen im § 906 gehört das Eindringen von Gasen, Dämpfen, Geräuschen, Rauch, Ruß, Dunst, Staub, Asche, Steinsplittern, von aus dem oberhalb gelegenen Steinbruche herabrieselndem Gestein oder Sand, ferner von elektrischen Strömen, Funken, Feuer, Pilzkeimen, Kugeln, Feuchtigkeit, Wasserstaub, das Überfliegen von Bienen, soweit sie nicht in ganzen Schwärmen angeflogen kommen, von Fliegen und Tauben, das Eindringen von Mäusen und Ratten, auch das Eindringen nicht in der Luft suspen-

dierter Flüssigkeiten, wie von Wassertropfen, das Ablaufen von Spülwasser, das Fallen der Dachtraufe, endlich das Eindringen von Jauche durch die die Grundstücke trennende Mauer. Nicht kommt § 906 in Betracht, soweit die Regelung des Eindringens von Wasser dem Wasserrecht angehört. (Näheres 16—18.) Ferner gehören hierher die Einwirkungen durch Erregung von Wärme und Kälte, von Geräuschen und Erschütterungen, sowie durch Erzeugung von Licht und Lichtreflexen. Nicht gehören (20ff.) zu den Einwirkungen des § 906 die sog. „idealen Immissionen", so das Verbauen einer Aussicht, das bloße Hineinsehen in ein Grundstück, das Bestehen einer bloßen Gefahr, die Erregung von Scheu und Furcht, oder unanständiges, das Schamgefühl verletzendes Benehmen an sich. Nur dann kann § 906 in Frage kommen, wenn diese „idealen Immissionen" mit tatsächlich körperlichen Einwirkungen verbunden sind, z. B. wenn aus dem Leichenhause Gase und Gerüche aufsteigen oder der Bordellbetrieb Belästigungen durch Licht — grelle Beleuchtung des Einganges bei Nacht — oder durch Lärm mit sich bringt.

Zum Begriffe der Leitung. Nicht erforderlich ist, daß die Leitung bis zur Grundstücksgrenze selbst reicht, erforderlich ist nur, daß die Einwirkungen auch tatsächlich infolge der ihr durch die Leitung gegebenen Richtung auf das betroffene Grundstück gelangen (23).

Die prozessuale Bedeutung des § 906 liegt also in dem Ausschlusse des sich aus den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes ergebenden Beseitigungsanspruchs. Unrichtig ist es daher, von einem „Anspruch aus § 906" zu sprechen (wie Biermann, Sachenrecht (2) 104 Ziff. 4) (36/7).

Der mit der Klage des § 862 zu verfolgende Beseitigungsanspruch gegen Einwirkungen des § 906 steht nicht nur den Besitzern — Mieter, Pächter — des ganzen leidenden Grundstücks, sondern auch den Besitzern nur eines Grundstücksteils, insbes. abgetrennter Wohnräume, zu, soweit Einwirkungen in dieses ihr Besitzreich erfolgen und sie in ihrem Besitze stören. Der Besitzer eines Grundstücksteils hat nicht nur ein Verbietungsrecht gegen Einwirkungen, die von einem anderen Grundstück ausgehen, sondern auch gegen Einwirkungen, die in einem anderen, seinem Besitze nicht unterworfenen Grundstücksteile, z. B. einem anderen Stockwerke, verursacht werden und aus diesem störend in sein Besitzreich eindringen (39—41).

Der Beseitigungsanspruch kann über das gesetzliche Maß hinaus eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden, und zwar durch dingliche Verträge oder Verträge mit nur persönlicher Wirkung. — Der Beseitigungsanspruch ist als lediglich auf dem Eigentumsrechte (§ 903) beruhender Anspruch nach § 902 der Verjährung entzogen. (AA. Biermann usw.) Wohl aber kann sich der Beklagte auf die sog. Tabularersitzung des § 900 Abs. 2 berufen (56/7).

Die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil auf Unterlassung der unzulässigen Einwirkungen erfolgt nur dann auf Grund des § 890 ZPO., wenn die Abstellung der Einwirkungen einzig und allein durch ein rein passives Verhalten herbeigeführt werden kann. In allen anderen Fällen, soweit also die Möglichkeit einer Erfüllung der urteilsmäßigen Verpflichtung durch ein Ergreifen positiver Maßnahmen vorliegt, ist nach § 888 ZPO. zu vollstrecken (62 ff.).

II. Aus der Praxis. 1. **a)** BayRpflZ. **06** 427 (Nürnberg). Zu weit geht der Antrag des Klägers, daß dem Beklagten der Betrieb des den Nachbar in seinem Eigentumsrechte beeinträchtigenden Elektromotors überhaupt untersagt werden solle, ,weil damit die Verursachung der Störungen notwendig verbunden sei, vielmehr muß es dem Beklagten freigestellt bleiben, solche Vorkehrungen zu treffen, die den Betrieb des Motors ohne Störung des Eigentums des Klägers

ermöglichen. **b)** Über die Zulässigkeit allgemein gefaßter Verurteilung WürttJ. **18** 268 (Stuttgart), wie **RG.** JDR. **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 7.

2 Ortsüblichkeit. (Vgl. JDR. **4** Ziff. II 2, **3** Ziff. II 4, **2** Ziff. 4.) **a)** **RG.** DJZ. **06** 486. Es ist möglich, Ortsüblichkeit anzunehmen, wenn ein ähnlicher Betrieb nicht in demselben Dorfe, wohl aber allgemein in anderen Dörfern auf ähnlichen Grundstücken üblich ist. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 169 (Hamburg). Nicht die augenblickliche Verwendung des beeinträchtigten Grundstücks, auch nicht das subjektive Interesse des klagenden Grundeigentümers kann entscheiden, sondern die aus der Art des Grundstücks sich ergebende regelmäßige Benutzung und die in der Nähe vorherrschenden örtlichen Verhältnisse.

3. OLG. **12** 123, BadRpr. **06** 93 (Karlsruhe) wendet die Grundsätze des **RG. 58** 134 (Funkenfall einer Kleinbahn) über Schadensersatzanspruch ohne Verschulden an gegenüber einer polizeilich genehmigten Gasbereitungsanstalt wegen einer Gasexplosion. — Aufgehoben vom **RG. 63** 374 ff., BadRpr. **06** 332 ff., DJZ. **06** 1094, weil die Versorgung einer Stadt mit Gas bei ordnungsmäßigem Betriebe nur beim Eintritte von Zufällen einen Schaden anrichten könne, daher ein ganz anderer Tatbestand vorliege. Für solche Zufälle den Unternehmer haftbar zu machen, gewähre aber das bestehende Recht keinen Anhalt. Vgl. u. Ziff. 2 zu § 907.

4. **RG.** 17. 6. 05, GruchotsBeitr. **50** 411 ff. Die Schadensersatzklage, die, soweit sie die Klage auf Einstellung des Betriebs vertritt, nicht an die Voraussetzung eines Verschuldens des Beklagten gebunden ist, greift nicht durch, soweit ein Ersatz für Schäden verlangt wird, die schon in der Vergangenheit liegen, die also mit der Klage auf Einstellung des Betriebs auch nicht verhindert worden wären. (S. JDR **4** Ziff. II 4a.)

5. Beweislast. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 7, **3** Ziff. II 7.) BadRpr. **06** 168 (Karlsruhe). Sache des Beklagten ist es, das Vorhandensein der im § 906 genannten Ausnahmen zu beweisen. — Ebenso OLG. Karlsruhe 10. 10. 05, PucheltsZ. **06** 315 ff. Als maßgebend für die Erträglichkeit der Einwirkung ist das Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen anzusehen.

6. **RG.** 31. 1. 06, DJZ. **06** 485. Der Grundsatz der Prävention gilt nicht; wie **RG. 57** 229, JDR. **3** Ziff. II 2; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 2 a und b.

§§ 906, 907, 1004. R. **06** 377 (BayObLG.). Auf die Verunreinigung des Wassers von Privatflüssen, die dadurch herbeigeführt wird, daß eine Fabrik ihr Abwasser ungeklärt in dieselben einleitet, finden diese Gesetzesbestimmungen keine Anwendung.

§ 907. 1. Begriff der Anlage. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2a, **1** Ziff. 1a und 3b u. c.) **a)** R. **06** 1197 Ziff. 2848 (Frankfurt). Der Ausbau einer Straße ist eine „Anlage" dann, wenn gleichzeitig damit das Anbringen von Wassergräben und Kanälen verbunden wird, durch welche Regenwasser nach dem Nachbargrundstück hinüberdringt und eine Beschädigung dieses Grundstücks eintreten kann. **b)** R. **06** 1197 (Frankfurt). Eine Bretterwand ist keine Anlage im Sinne des § 907. — Im übrigen über den Begriff der Anlage wie **RG. 51** 253, JDR. **1** Ziff. 1a. **c)** **RG.** JDR. **4** Ziff. 2a jetzt auch EisenbE. **22** 346.

2. **RG. 63** 374 ff., DJZ. **06** 1094, BadRpr. **06** 332 f. Bei einem ordnungsmäßig angelegten Rohrnetz einer städtischen Gasleitung sind die Voraussetzungen des § 907 nicht gegeben, da keineswegs „mit Sicherheit vorauszusehen sei, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung" auf die anliegenden Grundstücke zur Folge habe. Es haftet mithin der Unternehmer einer städtischen Gasanstalt für den durch einen Bruch des Rohrnetzes entstandenen Schaden nur im Falle des Verschuldens.

3. HessRspr. **7** 82 (LG. Mainz). Auf die Anlage von Fenstern bezieht sich § 907 nicht, denn für diese gelten die landesrechtlichen Bestimmungen gemäß Art. 124 EGBGB.

4. **RG.** JW. **06** 556. Wird ein Fabrikbetrieb, welcher die Beschädigung eines Nachbargrundstücks herbeiführt, eingestellt, so ist die Verurteilung zur Herrichtung von Schutzvorrichtungen dennoch zu Recht erfolgt, weil es genügt, daß die Möglichkeit einer beliebigen Wiederaufnahme des Betriebs vorliegt.

§ 908. Vgl. o. Ziff. 2 zu § 903.

§ 909. Literatur: Scherer, SeuffBl. **06** 551—553.

I. 1. Scherer 551 ff.: Das Entstehen von Rissen ist eine Besitzstörung, für die nicht nur der Bauunternehmer, sondern auch der Grundeigentümer, welcher durch den Bauunternehmer die Ausschachtung vornehmen ließ, haftet. Die Sache verhält sich ähnlich, wie wenn jemand sein Gebäude vermietet und die Mieter Besitzstörungen veranlassen.

2. *B. Hilse, GrundstücksA. **06** 625. Für Bauschäden, welche durch einen errichteten Hochbau oder Tiefbau an nachbarlichen Gebäuden dadurch herbeigeführt werden, daß wegen Senkung des Spiegels des Grundwassers oder Vertiefung der eigenen Fundamente unter die nachbarlichen, oder unzureichender Absteifung des Mauerwerkes solche Risse erhalten oder in ihrer Standfestigkeit erschüttert werden, haftet neben dem Bauwerkmeister auch der Bauleiter und der Bauherr bzw. das Baugrundstück, weil der Grundsatz im § 278 BGB. nicht auf vertragsmäßiges Verschulden beschränkt, also auch auf außervertragliches anwendbar ist. Ebenso BaugewerksZ. **06** 1017.

II. Aus der Praxis. **a)** R. **06** 1197 (Stuttgart). Der durch eine Vertiefung des Nachbargrundstücks beeinträchtigte Eigentümer kann nicht auf Anbringung einer genügenden anderweitigen Befestigung klagen, vielmehr nur auf Beseitigung der Beeinträchtigung, sei es durch Unterlassung weiterer Vertiefung oder durch Zufüllung der bereits vorgenommenen Vertiefung, und es kann der hierauf Verklagte einredeweise geltend machen, es sei für genügende anderweitige Befestigung gesorgt. Weiter geht jedoch OLG. Cassel, JDR. **1** Ziff. 1. **b)** **RG.** 25. 10. 05, GruchotsBeitr. **50** 680, SeuffA. **61** 59. Ein Schadensersatz wegen Vertiefung des Grundstücks ist nur bei Verschulden gegeben. Ebenso **RG.** 28. 2. 06, RheinA. **102** II 107. **c)** **RG.** 7. 2. 06, **62** 370, JW. **06** 166. Der Erfolg der Einwirkung auf das Nachbargrundstück im Sinne des § 909 kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß das Grundwasser dem Boden entzogen und dadurch das darüber liegende Erdreich gesenkt wird.

§ 910. 1. *Trendel, SeuffBl. **06** 516 ff., erörtert auf Grund der bayerischen Ausführungs- und Übergangsvorschriften zum BGB. die Frage, welche Rechte und Pflichten rücksichtlich des von einem fremden Grundstücke herrührenden Überhangs, der von dorther eindringenden Wurzeln und der Früchte bestehen.

2. Abs. 1 Satz 2. Fromherz, R. **06** 1069 ff. Bei Beurteilung der Angemessenheit der Frist ist nicht allein auf ihre absolute Dauer, sondern auch auf die Jahreszeit und eine sachgemäße Bewirtschaftung Rücksicht zu nehmen. Insbesondere bei Obstbäumen darf in der Zeit, in welcher dieselben im Wachstum sind, in vollem Safte stehen, wo ein starkes Ausästen eine schwere Schädigung unter Umständen ein völliges Eingehen der Bäume nach sich ziehen kann oder bereits Früchte tragen, die noch nicht abgeerntet sind, die Beseitigung von Ästen nicht verlangt und folglich auch im Wege der Selbsthilfe nicht vorgenommen werden.

§ 912. **a)** **RG.** JW. **06** 303, SeuffA. **61** 398, GruchotsBeitr. **50** 937 ff., läßt dahingestellt, ob § 912 auf Überschreitungen, die durch Baufehler herbeigeführt sind, bezogen werden kann. **b)** PosMschr. **06** 167 (Posen). Einem zwar recht-

zeitig erfolgten, aber fallen gelassenen Widerspruch wird jede Kraft versagen müssen, auch wenn er aus irrigen Beweggründen oder unter falschen Voraussetzungen fallen gelassen worden ist, denn er hat jedenfalls den gewollten Zweck, in dem Bauenden keinen Zweifel darüber zu lassen, daß von seiten des Berechtigten der Überbau nicht geduldet werde, nicht erfüllt. **c)** HansGZ. **06** Beibl. 311 (Hamburg). Auf einen ohne Fahrlässigkeit des Eigentümers geschehenen Überbau auf dem öffentlichen Grund des Staates findet die Bestimmung des § 912 keine Anwendung.

§ 917. 1. Fischer, BayRpflZ. **06** 39 ff. Das Notwegerecht ist als gesetzliche Eigentumsbeschränkung der Eintragung in das Grundbuch nicht zugänglich.

2. **a)** BayObLG. **7** 230, SeuffA. **62** 70 ff. Wer von seinem Nachbarn die Duldung eines Notwegs zu verlangen berechtigt ist, kann nicht beanspruchen, daß gerade die kürzeste Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege als Richtung des Notwegs bestimmt wird, auch nicht mehr als das zur Herstellung des Notwegs unbedingt Notwendige, also z. B. nicht Herstellung der Verbindung durch Erbauung einer Eisenbahn verlangen. (Vgl. IDR. **3** Ziff. 1.) **b)** OLG. **12** 124 (Karlsruhe). Nicht jede spekulative Änderung in der Benutzung eines Grundstücks genügt, um den Anspruch auf Einräumung eines Notweges zu begründen, sondern es muß das Grundstück seiner Natur nach zu einer der Änderung entsprechenden Benutzungsart bestimmt sein. **c)** SeuffA. **61** 369, BayObLG. **7** 286 (BayObLG.). Das Recht auf Duldung eines Notwegs kann nicht bloß klage-, sondern auch einredeweise geltend gemacht werden. (Vgl. IDR. **4** Ziff. II 1).

§ 920. RG. JW. **06** 302, BayRpflZ. **06** 227, SeuffA. **61** 398. Ein Vertrag über die Festsetzung einer ungewiß gewordenen Grenze ist obligatorischer Natur und unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313 (vgl. o. Ziff. II 1h zu § 313).

§ 921. FrankfRundsch. **40** 68 ff. (Frankfurt). Der Grundstückseigentümer, der auf der Grenze seines Grundstücks, und zwar zur Hälfte auf dem eigenen, zur Hälfte auf dem Nachbargrundstücke eine Brandmauer errichtet hat, hat gegen den diese Brandmauer als Stütze benutzenden Nachbar keinen Anspruch auf Ersatz der halben Brandmauerkosten. (Vgl. Koppers, IDR. **3** Ziff. 1.)

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. 1. Form der Auflassungserklärungen. **a)** Oberneck, DNotV. **06** 345. Der § 925 gibt keinen weiteren Anhalt über die Form der Auflassungserklärung, als daß sie in Gegenwart der Beteiligten von diesen vor dem GBA. erklärt werden muß. Für die materiell-rechtliche Bindung der Kontrahenten mag hiernach sogar die mündliche Erklärung genügen. Formellrechtlich bedarf es für die Eintragung des Nachweises der dinglichen Einigung gemäß §§ 20, 29 GBO. als Ordnungsvorschrift. Dieser Nachweis kann regelmäßig nur durch das über die Auflassung vom zuständigen GBBeamten aufgenommene Protokoll erfolgen. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Form dieses Protokolls sind nur Ausführungsvorschriften einer Sollvorschrift (§ 29 GBO.). Sollten sie als Mußvorschriften gesetzt sein, so wäre dies unzulässig. Ob dasselbe gilt für die Protokolle, welche die landesgesetzlich für die Auflassung zuständigen anderen Behörden oder Beamten (Art. 143 EGBGB.) aufnehmen, ist eine bisher nicht ausgetragene Streitfrage. Daraus, daß Art. 143 einen Vorbehalt für die sachliche Zuständigkeit in Ansehung der Auflassung macht, kann man nicht folgern, daß nunmehr kein Verfahren mehr in Grundbuchsachen stattfindet, sondern daß es sich lediglich um eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts handle. Von diesem Standpunkt ist z. B. Bayern ausgegangen, indem die §§ 82 ff., insbes. § 95 DienstAnw. f. d. GBÄ.

rechts des Rheins Sollvorschriften sind, trotzdem für die Führung des Grundbuchs die Amtsgerichte zuständig sind (vgl. Artt. 9, 10 BayAGGBO., ähnlich Württemberg, JMinV. v. 2. 9. 99, §§ 66 ff. In Preußen dagegen sind sie stillschweigend als Mußvorschriften für maßgebend erachtet worden (PrAG. GBO.). Das **RG.** ZBlFG. 3 799 hat auch für das sächsische Recht eine Mußvorschrift angenommen. **b)** KGJ. **31** A 293. Die nach § 925 BGB. und § 20 GBO. erforderliche Einigung kommt zustande, wenn der eine Teil zur Abgabe der Auflassungserklärung rechtskräftig verurteilt worden ist und der andere Teil unter Vorlegung des Urteils seine Einigungserklärung mündlich vor dem GBA. abgibt. Planck Anm. 2b, Turnau-Förster (3) I 357, Güthe 388 Anm. 90, KGJ. **26** A 260, **RG. 54** 378. Bei Verurteilung einer Landgemeinde (oder eines Vormundes) bedarf es nicht des Nachweises der Genehmigung des Kreisausschusses (oder des VormGerichts). Falkmann, ZwVollstr. (2) 188 Ziff. 4, Planck Anm. 4 zu § 1821 BGB., Güthe 394 Anm. 97. **c)** MecklZ. **25** 63 (LG. Schwerin). Auflassungserklärungen können rechtswirksam vor dem Prozeßgericht abgegeben werden, wenn sie Bestandteil eines zur Beilegung eines Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleichs sind. Vgl. **RG. 48** 153, wo diese Frage unentschieden gelassen ist. Ebenso Oberneck, Planck; aM. Gaupp-Stein, Petersen, Seuffert zu § 794 ZPO., Staudinger, Dronke, BuschsZ. **30** 56. **d)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **4** Ziff. 1d zu § 925 — jetzt abgedruckt **RG. 61** 95.

2. HansGZ. **06** Beibl. 84 (Hamburg). Eine Auflassung braucht nicht wiederholt zu werden, auch wenn der Grundbuchrichter zunächst die daraufhin beantragte Umschreibung abgelehnt hat und das aufgelassene Trennstück jetzt ein eigenes Grundbuchblatt hat.

3. BreslauAK. **06** 6 (Breslau). Die Auflassung erstreckt sich im Zweifel auf den tatsächlich vorhandenen, nicht auf den grundbuch- und katastermäßigen Umfang des Grundstücks.

4. Auflassung und Kausalgeschäft. **a)** BayObLG. **7** 388, RJA. **7** 276, OLG. **14** 61 (BayObLG.). Die Auflassung ist unabhängig von dem ihren rechtlichen Grund bildenden Rechtsgeschäfte; das GBA. hat daher ein Grundstück auf den Namen eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes umzuschreiben, auch wenn der Vater die Auflassung ohne Genehmigung des VormGerichts entgegengenommen hat und dem GBA. bekannt ist, daß die Auflassung zur Erfüllung einer dem Auflassenden dem Kinde gegenüber obliegenden Verbindlichkeit erfolgen sollte. **b)** OLG. **13** 321 (Dresden). Der Verkäufer eines Bordellgrundstücks bleibt trotz der Auflassung Eigentümer und kann vom Käufer Herausgabe und Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) beanspruchen. (Vgl. o. § 138 Ziff. 7 I B b.) **c)** SächsRpflA. **06** 11 (Dresden). Ist ein Kaufvertrag (z. B. ein auf den Kauf eines Bordells gerichteter) gemäß § 138 BGB. nichtig, so kann es auch die Auflassung sein, wenn sie sich als Teil des von den Parteien gewollten und abgeschlossenen Rechtsgeschäfts darstellt (BGB. § 139). Die aus § 891 BGB. herzuleitende Vermutung ist alsdann widerlegt und der Erwerber kann die Löschung der auf dem erworbenen Grundstück eingetragenen Hypothek nicht verlangen, wenn auch die Eintragung der Hypothek selbst (z. B. als Restkaufgeld aus dem Kaufvertrage) nichtig wäre. **d)** WürttZ. **06** 106 (Stuttgart). Einer im Interesse des öffentlichen Wohles verbotenen Veräußerung darf der Grundbuchbeamte weder durch Entgegennahme der Auflassungserklärung, noch durch Eintragung im Grundbuche Vorschub leisten.

5. Wie JDR. **4** Ziff. 6 zu § 925 (Auflassung an eine in Gütergemeinschaft lebende Frau ohne Zustimmung ihres Mannes) auch KGJ. **31** A 297, RJA. **7**

55; vgl. zu § 1438 BGB. Über die Rechtsstellung der Frau bei der Auflassung überhaupt vgl. Josef, DNotV. **06** 52.

6. Einbringung von Grundstücken in eine Gemeinschaft und umgekehrt. **a)** RheinA. **102** I 237 (Cöln). Bei Einbringung von Grundstücken in eine oHG. bedarf es der Auflassung und Eintragung im Grundbuche selbst dann, wenn die Grundstücke bisher im Miteigentum der einzelnen Gesellschafter gestanden haben. ➠ AM. Goldmann-Lilienthal II 169, welche nur eingetragen wissen wollen, daß den bisherigen Miteigentümern das Eigentum nunmehr als Gesellschaftern zusteht (GBO. § 48). — Red. ⟵ **b)** RheinA. **102** I 235 (Cöln). Wenn die Erben eines verstorbenen Gesellschafters einer o. HG. ihre Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen auf den einzigen noch vorhandenen Gesellschafter gegen eine Abfindungssumme übertragen, bedarf es zum Eigentumsübergange der Auflassung und Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch durch die Liquidatoren. Der Auseinandersetzungsvertrag bedarf aber nicht der Form des § 313 BGB. **c)** OLG. **13** 23 (KG.). Der Auflassung bedarf es, wenn unter Auflösung einer oHG. der eine der beiden Gesellschafter das Geschäft übernimmt und sodann in sein Geschäft einen Dritten als Gesellschafter oder als Kommanditisten aufnimmt, und zwar bei jeder der beiden Neubildungen, indem zunächst der austretende Gesellschafter das Grundstück seinem bisherigen Mitgesellschafter und dieser es alsdann an die neue Gesellschaft aufläßt. Selbstverständlich kann, wenn die neue Gesellschaft bereits vor der Auflassung entstanden ist, die Auflassung durch den Ausgetretenen an die neue Gesellschaft sofort erfolgen, ohne daß es der Zwischenauflassung an denjenigen bedarf, welcher das Vermögen der alten Gesellschaft übernommen und sodann die neue Gesellschaft gebildet hat. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn ein Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft eintritt. Für das frühere Recht hatte **RG. 32** 47 hierin die Auflösung der alten und Gründung einer neuen Gesellschaft mit einem Wechsel der Rechtsträger gefunden. Nach den jetzigen §§ 139, 162 Abs. 3 HGB. bleibt in einem solchen Falle die Identität der Gesellschaft gewahrt und ist für eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die neue Gesellschaft kein Raum. (D. 112, **RG. 55** 126, KGJ. **26** A 221, Staub § 162 Anm. 6). **d)** ElsLothJZ. **06** 313 (LG. Straßburg). Beim Austritt eines Teilhabers aus der oHG., welche als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, und bei Übertragung des Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven auf den anderen Inhaber ist die Auflassung bei Überführung des Gesamteigentums an den Gesellschaftsgrundstücken in Sondereigentum des verbleibenden Gesellschafters notwendig. Die Ansicht von Staub (HGB. § 24 Anm. 2, § 138 Anm. 6, § 142 Anm. 2), wonach durch Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen dem Übernehmenden in unmittelbarem Eigentumsübergange zuwächst, ist nicht zu teilen. (OLG. **9** 254, 255). **e)** SeuffBl. **06** 710 (BayObLG.). Der Auflassung bedarf es, wenn bei Fusion einer inländischen Aktiengesellschaft mit einer ausländischen Grundstücke in das Gesamtvermögen übertragen werden; die §§ 304, 305 HGB. beziehen sich nur auf inländische Gesellschaften. **f) RG.** JW. **06** 773. Wenn die Gründer seiner Genossenschaft ein Grunstück zwar für die Genossenschaft, aber im eigenen Namen gekauft haben und auch selbst als Eigentümer eingetragen worden sind, so bedarf es zum Übergange des Eigentums auf die Genossenschaft der Auflassung. **g)** ElsLothJZ. **06** 61 (Colmar). Zur rechtswirksamen Umwandlung einer liegenschaftlichen Gesamtgemeinschaft in eine Gemeinschaft nach ideellen Bruchteilen bedarf es der Auflassung, gleichviel ob die Beteiligten ihren auf diese Rechtsänderung gerichteten Willen ausdrücklich oder nur in der Weise stillschweigend erklären, daß sie bei der Auseinandersetzung die Gemeinschaft an ein=

zelnen Grundstücken unverteilt lassen. Die entgegenstehende Auffassung ElsLothJZ. 04 493 — JDR. 3 Ziff. 2 A b zu § 925 — wird nicht aufrechterhalten. **h)** KGJ. **31** A 373 (Hamm). Wenn im Falle der fortgesetzten GG. nach westfälischem Güterrecht (G. v. 16. 4. 60 §§ 16, 18) die Kinder bei Aufhebung der GG. durch Schichtung auf ihr Teilnahmerecht an der Gemeinschaft verzichten, so erlangt der überlebende Elternteil nicht ohne weiteres Alleineigentum an dem Gesamtgute, vielmehr bedarf es bei Grundstücken der Auflassung. **i)** OLG. **14** 138, ElsLothJZ. **06** 513, ElsLothNotZ. **06** 220 (Colmar). In der Annahme einer von den übrigen Erben erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung liegt zugleich die Erklärung des Einverständnisses des Miterben, dem das Alleineigentum an einer zur Erbengemeinschaft gehörigen Liegenschaft übertragen werden soll, mit dem Übergange des Alleineigentums auf seine Person. Es kann daher eine ausdrückliche Veräußerungserklärung des Grundstücksannehmers nicht verlangt werden. **k)** ElsLothJZ. **06** 317 (LG. Straßburg). Auflassung ist auch erforderlich, wenn die Erbengemeinschaft bereits aufgehoben ist und es sich nur noch um die Übereignung einzelner unverteilt übrig gebliebener Stücke handelt.

7. Auflassung durch den Testamentsvollstrecker. **a)** KGJ. **31** A 299. Ein ohne Anordnung von Beschränkungen ernannter TV., welcher zum Zwecke der Auseinandersetzung einem Miterben ein Nachlaßgrundstück zugewiesen hat, kann nicht namens dieses Miterben die Auflassung entgegennehmen, da niemand ohne seine Zustimmung als Eigentümer eines Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden kann. Der Miterbe muß daher bei der Auflassung als Auflassungsempfänger mitwirken. **b)** BayObLG. **7** 349, BayRpflZ. **06** 344 (BayObLG.). Der Auflassung bedarf es, wenn ein TV. ein Nachlaßgrundstück in Geld umsetzen oder das Eigentum an einem vermachten Grundstück auf den Bedachten übertragen oder es dem Erben, dem es bei der Auseinandersetzung zugeteilt ist, übereignen will. **c)** Wegen der Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch den Testamensvollstrecker an sich selbst vgl. **RG. 61** 139 u. u. zu §§ 2203 ff.

8. Auflassung unter einer Bedingung. **a)** R. **06** 185 (Hamm). Solange ein Grundstück zu einem ungeteilten Nachlasse gehört, kann der einzelne Miterbe über seinen Anteil daran auch nicht unter der Bedingung verfügen, daß ihm das Grundstück oder ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil bei der Teilung zufällt. Eine bedingte Auflassung ist unzuläßig (§§ 925, 2033 Abs. 2). **b)** BayObLG. **7** 391, BayRpflZ. **06** 363, BayNotZ. **06** 192, OLG. **14** 79 (BayObLG.). Eine Auflassung an Brautleute als Eigentümer zu ihrem künftigen ehelichen Gesamtgut ist als eine bedingte nichtig, wenn dadurch der Eigentumserwerb der Brautleute bis zur Entstehung des Gesamtguts durch die Eheschließung aufgeschoben werden soll. **c)** ElsLothNotZ. **06** 63, ElsLothJZ. **06** 307 (Colmar). Die Eintragungsbewilligung ist nicht Bestandteil der Auflassung und kann daher im Gegensatze zu dieser bedingt abgegeben werden. Es kann daher bei der Auflassung erklärt werden, daß die Eintragung des Grundstücks als Bestandteils des Gesamtguts von dem Eheabschluß abhängig sein soll. Vgl. auch ElsLothJZ. **06** 315 (LG. Straßburg).

9. Landesrecht. **a)** KGJ. **31** A 289. Eine unter der Verwaltung und Aufsicht katholisch-kirchlicher Organe stehende Wohltätigkeitsanstalt, welche (in Preußen) schon durch die staatliche Genehmigung ihrer Satzung die Rechte einer juristischen Person erlangt hat (§ 42 II. 19 ALR.), bedarf zum Erwerbe des nach Inhalt der Satzung für ihre Zwecke bestimmten Grundstücks einer weiteren Genehmigung seitens des Königs oder der staatlichen Aufsichtsbehörde nicht. **b)** KGJ. **31** A 306. Übernimmt (in Preußen) eine politische Gemeinde bei Auflösung einer Schulsozietät die Schule als Gemeindeanstalt, so geht das

Schulvermögen nicht von selbst auf die Gemeinde über, sondern es bedarf der Übertragung durch Beschluß der Schulkorporation und sodann bei Grundstücken der Auflassung (§§ 180, 192, 193 II. 6 ALR.). **c)** BayRpflZ. **06** 17, R. **05** 470 (BayObLG.). Bei Einverleibung einer Gemeinde in eine andere bedarf es in Bayern zur Übertragung der unbeweglichen Vermögensteile keiner Auflassung. Zustimmend Turnau-Förster (3) I 453, Männer (2) 181. **d)** OLG. **14** 62 (KG.). Soll ein einem Kommunalverbande gehöriges Grundstück auf einen anderen Kommunalverband übertragen werden, so bedarf es zu diesem Eigentumswechsel der Auflassung, wenn nicht ausnahmsweise (wie dies in Preußen durch § 18 Abs. 2 G. v. 8. 7. 75 und § 2 G. v. 18. 6. 81 geschehen war) die Übertragung auf Grund des Art. 126 EGBGB. durch Landesgesetz erfolgt. Ein gemäß § 4 Abs. 4, 5 RheinKrO. ergangener Beschluß des Kreisausschusses hat nicht die Kraft der Eigentumsübertragung. **e)** SeuffBl. **06** 393 (BayObLG.). Wenn im Zwangsenteignungsverfahren Grundstücke abgetreten und andere dafür eingetauscht werden, so kann die Einigung der Beteiligten hierüber rechtswirksam zu Protokoll der Distriktsverwaltungsbehörde erklärt und die Eigentumsübertragung auf Grund dieses Protokolls nach Antrag der Beteiligten in das HypBuch eingetragen werden (Art. 55 BayG. v. 17. 11. 37 in der Fassung des Art. 26 AGZPO. und AGKO.). **f)** OLG. **14** 66 (KG.). Zum Eigentumserwerb auf Grund bergrechtlichen Enteignungsbeschlusses bedarf es keiner Auflassung. **g)** Über die Frage, ob in Württemberg „katholische Kirchenpflegen" Grundeigentum erwerben und als Eigentümerinnen im Grundbuch eingetragen werden können, s. WürttZ. **06** 204 (LG. Tübingen und Stuttgart).

§ 927. DJZ. **06** 1376 (KG.). Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, bedarf zur Erlangung der Eintragung seines Eigentums der freiwillig erklärten oder durch Urteil ersetzten Einwilligung des Dritten, dessen angemeldetes Eigentumsrecht in dem Ausschlußurteilevorbehalten worden ist. (AM. Kretzschmar, SachenR. 199.)

§ 928. NaumburgAK. **06** 71 (LG. Halle) bejaht die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für den unbekannten Berechtigten bis zur Eintragung des neuen Eigentümers (BGB. § 1913).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Francke, Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem BGB., SeuffBl. **06** 645—648. — Jordan, Finden im Falle der Veräußerung einer beweglichen Nachlaßsache durch einen einzelnen Miterben die §§ 932 ff. Anwendung? BadRpr. **06** 243/244. — Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, JheringsJ. **50** 323—372. — Derselbe, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, unter Ausschluß des Erwerbes durch Stellvertreter. Bonn, 1906.

§ 929. I. Einigung und Übergabe. (JDR. **4** Ziff. I 1, **3** Ziff. 1 u. 2.) *Przibilla 80 f. Die brevi manu traditio kommt heute als Erwerbsart des Besitzes nur noch für Besitzdiener in Betracht. Der Herr schenkt seinem Kutscher die Peitsche, die dieser in der Hand hat. Es liegt hier jedoch lediglich eine Besitzübertragung i. S. des § 854 Abs. 2 vor, nicht aber eine brevi manu traditio i. S. des heutigen Rechtes. Für dieses bildet die brevi manu traditio nur noch eine Möglichkeit, Besitz, und zwar mittelbaren Besitz zu verlieren.

II. Aus der Praxis. **a)** **RG.** 2. 10. 06, **64** 145 über die Frage, ob der Eigentumsübergang, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache behufs Erfüllung seiner auf Übertragung des Eigentums gerichteten Verbindlichkeit dem Käufer übersendet, zur Voraussetzung hat, daß der letztere seinen Annahmewillen dem Verkäufer gegenüber erklärt. **b)** **RG.** (Straff.) GoltdA. **53** 78. Keine Eigentumsübertragung in der Übersendung von Geld mittels Postanweisung, wenn auf

Grund der Einigung der Beteiligten der Empfänger das Geld nur zur bestimmungsmäßigen Verwendung als Bevollmächtigter der Firma in Empfang nehmen sollte. **c)** R. **06** 1076 (BayObLG.). In der Übersendung der Ware an den Käufer liegt das Angebot der Eigentumsübertragung. In der tatsächlichen Aneignung der Ware kann ohne besondere Erklärung die Einigung darüber liegen, daß das Eigentum auf den Käufer übergeht, und zwar auch dann noch, wenn dieser die Ware anfänglich zur Verfügung gestellt, der Verkäufer aber die Zurverfügungstellung nicht angenommen hatte. **d)** SchlHolstAnz. **06** 50 (Kiel). Durch den auf Grund eines aus § 825 ZPO. gestellten Antrags ergangenen Adjudikationsbescheid des Amtsgerichts findet ein Eigentumsübergang nicht statt. **e)** OLG. **13** 167 (Bamberg). Unter Übergabe im Sinne des § 929 ist auch die derivative Besitzübergabe im Sinne des § 854 Abs. 2 zu verstehen. **f)** OLG. **12** 279 (Naumburg). Eigentumsübertragung zwischen Ehegatten ohne besonderen Übergabeakt, weil die die Hausgemeinschaft teilende Ehefrau in der Lage war, die Herrschaft über die zu erwerbenden Gegenstände auszuüben.

§ 930. I. 1. *Przibilla 37 ff. Ein Konstitut im Sinne des gemeinen Rechtes ist heute nur noch möglich bei Besitzdienern; z. B. ein angestellter Jäger verkauft seine Flinte seinem Herrn, behält sie aber als Besitzdiener. Dieser Vorgang ist jedoch heute nicht mehr als constitutum possessorium, sondern als eine Übertragung des Besitzes i. S. der §§ 854 Abs. 2, 855 aufzufassen. — Auf Grund eines antizipierten constitutum possessorium kann man weder mittelbaren Besitz noch Eigentum erwerben (vgl. auch Przibilla, JheringsJ. **50** 335). Entsprechendes gilt für das abstrakte Konstitut. Cosack 127 § 199 bezweifelt, daß die letztere Regel praktischen Wert habe; wohl mit Unrecht. Das abstrakte constitutum possessorium ist nämlich sehr oft ein Kennzeichen dafür, daß nur ein Scheingeschäft zwischen den Parteien beabsichtigt ist; es ist daher von großer Bedeutung für die Gläubiger des Veräußerers. Haben die Parteien wirklich eine Eigentumsübertragung vor, so werden sie auch das Rechtsverhältnis bestimmen, das dem Besitze zugrunde liegen soll. — Für die Unterscheidung zwischen bedingtem oder befristetem Kaufe und dem Kaufe mit Vereinbarung eines Verwahrungsverhältnisses kann ein allgemeines Prinzip nicht aufgestellt werden. Es muß die Beurteilung des einzelnen Falles und der ihn begleitenden Umstände entscheiden, ob ein Kauf nebst Verwahrungsvertrag, also ein constitutum possessorium vorliegt oder nicht.

2. Über den Eigentumserwerb an Effekten durch constitutum possessorium, wenn eine Bank als Kommissionär die für den Kommittenten bestimmten Stücke in Verwahrung nimmt, Callmann, BankA. **6** 279 im Anschluß an **RG. 52** 131 ff., JDR. **1** Ziff. 4 b.

3. Wolf, DJZ. **06** 1315, empfiehlt zur Beseitigung der Gefahren der Sicherheitsübereignung, daß die Übereignung und Verpfändung von in Gebrauch befindlichen Haus- und Geschäftsmöbeln sowie Warenlagern von dem Eintrag in ein beim Amtsgericht zu führendes, jedermann zugängliches Register abhängig gemacht werde. Im übrigen s. über Sicherheitsübereignung o. Ziff. I zu § 117 u. Ziff. 4 a u. b zu § 398.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 176 (Hamburg). Eigentumserwerb durch constitutum possessorium an Waren, die in einem Ladengeschäft an Stelle veräußerter angeschafft werden, ist nur möglich, wenn der Übertragungswille irgendwie äußerlich kenntlich gemacht wird. Vgl. auch **RG. 56** 52 ff., JDR. **3** Ziff. 2. **b)** SchlHolstAnz. **06** 53 (Kiel) handelt über Eigentumserwerb durch constitutum possessorium an einer nur im Miteigentum des Veräußerers befindlichen Sache.

2. Antizipierte Vereinbarung des noch nicht Besitzenden. (JDR. 1 Ziff. 3, 3 Ziff. II 1 zu § 929.) HansGZ. 06 Beibl. 122 (Hamburg), wie RG. 56 52 ff. (JDR. 3 Ziff. 2) mit dem Hervorheben, daß auch solchenfalls immer notwendiges Erfordernis ist, daß nachträglich nach Erlangung des Besitzes der Erwerber desselben in zweifelsfreier Weise demjenigen gegenüber, auf den er Eigentum übertragen will, zum Ausdruck bringe, daß er nunmehr nicht mehr für sich, sondern für ihn besitze.

3. **a)** WürttJ. 18 164 (Stuttgart). Der Umstand, daß ein Pfändungspfandgläubiger sich im Besitz gepfändeter Sachen befindet, hindert die Übertragung des Eigentums an diesen Sachen auf einen Dritten nach § 930 nicht. **b)** WürttJ. 18 57 ff. (Stuttgart). Eigentumserwerb nach § 930 ist nicht möglich an Sachen, die zur Zeit einer Vereinbarung im Sinne des § 930 noch nicht bestehen (60). **c)** RG. JW. 06 161. Körperliche Übergabe in dem Zurückbehalten einer Summe auf Grund der ehemännlichen Rechte.

§§ 932 ff. 1. Francke, SeuffBl. 06 645 ff. Wer in gutem Glauben eine Sache zu eigen erwirbt seitens jemandes, der fälschlich als Vertreter des wirklichen Eigentümers sich ausgab, oder von dem wirklichen Eigentümer, welcher durch besonderen Tatbestand gesetzlich, indes nicht bloß zwecks Schutzes bestimmter Personen behindert ist, seines Eigentums sich zu entäußern, wird nicht Eigentümer. AM. Wendt, ACivPr. 89 12 ff. (JDR. 1 Ziff. 8 zu § 932). Vgl. auch Schönfeld, DJZ. 06 697.

2. Jordan, BadRpr. 06 243. Im Falle der Veräußerung einer beweglichen Nachlaßsache durch einen einzelnen Miterben finden die §§ 932 ff. BGB. Anwendung, denn da der gute Glaube imstande ist, den völligen Mangel der Verfügungsmacht und den völligen Mangel des Eigentums durch seine heilende Wirkung zu beheben, so ist nicht einzusehen, warum diese seine Kraft versagen soll, wenn der Tradent zwar ebenfalls völlig unberechtigt zur Verfügung, aber nicht völlig Nichteigentümer ist. AM. Binder, Rechtsstellung des Erben III 70.

§ 935. 1. Abs. 1. OLG. 12 126 (KG.). Ein Barren, zu dessen Herstellung gestohlene Abfälle benutzt worden sind, ist deshalb nicht selbst eine gestohlene Sache.

2. Abs. 2. *Langen, Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte 53, 64, bezieht sich auch auf den ersten Eigentumserwerb an Inhaberschuldverschreibungen die ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangen (§ 794) oder wegen mangelnder Staatsgenehmigung nach § 795 nichtig sind. Ebenso fallen unter ihn die Inhabermarken des § 807 (66).

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

Literatur: Heilbrunn, Zur Frage des Eigentumsvorbehalts an Maschinen, HoldheimsMSchr. 06 297—301 (vgl. o. § 93 Ziff. I 2d).

§ 951. 1. Heilbrunn, HoldheimsMSchr. 06 300 f., hält für zulässig, daß Maschinenlieferanten, die mit Eigentumsvorbehalt ihre Maschinen verkauft hatten, bei einer Zwangsversteigerung der Fabrik auf Grund des § 951 vom Hypothekengläubiger, der aus der gesamten Fabrik in der Versteigerung befriedigt wurde, einen dem Wertverhältnisse von Grundstück und Maschineneinrichtung entsprechenden Anteil vom Steigerlöse fordern.

2. ZBlFG. 7 38 (Dresden). Im § 951 werden nicht, wie Kretzschmar, ZBlFG. 6 1 ff. (vgl. auch JDR. 4 Ziff. 1) annimmt, Vorschriften über das Recht zur Wegnahme gegeben, sondern nur vorausgesetzt und unberührt gelassen. Das Wegnahmerecht wird nur im § 951 Abs. 2 Satz 2 in den Fällen der §§ 946, 947 von der im § 997 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzung befreit, daß die Verbindung von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

§ 952. OLG. **12** 280 (Hamburg). Die Ausdehnung der Vorschrift auf Urkunden über zweiseitige Verträge ist unzulässig (Planck Anm. 2).

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

Literatur: Bunsen, Zur Lehre von den nichtgetrennten Erzeugnissen, ABürgR. **29** 11—45. — Francke, Zur Lehre von den Bestandteilen, ThürBl. **53** 1—9.

§ 953. Zu dem bekannten Falle von Gareis, Fund einer Perle in einer Auster, JDR. **4** zu § 953, ergreift auch Francke, ThürBl. **53** 1 ff., das Wort. Er schließt sich im wesentlichen Gierke und Gareis (JDR. **4** Ziff. b) an und meint, daß, wenn auch die Austern nur zu dem Zwecke serviert werden, daß die Austerntiere gegessen und regelmäßig die Austernschalen dem Wirte überlassen werden, dennoch daraus nicht folge, daß nicht die ganze Auster dem Gaste zu eigen übergeben werde. Kein Gast handele unbefugt, der die Austernschalen an sich nimmt (6). Vgl. o. § 93 Ziff. I 1.

§ 956. *Bunsen, ABürgR. **29** 24 ff. Kauft jemand stehende Früchte und läßt sich den Besitz der fruchttragenden Sache übertragen, so gehören die noch nicht getrennten Früchte bereits als res futurae zum Vermögen des Käufers, zu seinem Zwangsvollstreckungsgute, zu seiner Konkursmasse und im Falle des Todes zu seiner Erbschaft. Mit der Trennung nimmt diese Zugehörigkeit die Gestalt des Sacheigentums an. Dieser Eigentumserwerb vollzieht sich originär, nicht derivativ. Anders die gemeine Meinung im Anschluß an die Mot. z. BGB. (III 368) und Prot. d. 2. Lesung (III 250), auch Kohler, ABürgR. **18** 108. — Der Grund zu diesem Eigentumserwerbe liegt vornehmlich in dem qualifizierten Besitze; ähnlich v. Blume, JheringsJ. **39** 434, nicht in einem dinglichen Fruchtziehungsrechte, wie Lehmann (Enneccerus und Lehmann, BGB. II 187 § 63) annimmt.

V. Aneignung.

§ 959. **RMG.** 9 158. Hülsen von Patronen, welche von Truppenteilen verschossen werden und im Gelände liegen geblieben sind, sind nicht herrenlose Sachen, sondern verbleiben dem Eigentume der Militärverwaltung.

VI. Fund. Schatz.

Literatur: Troitzsch, Der Fund, BayRpflZ. **06** 155—160.

Zu §§ 965 ff. 1. Finden und Verlieren. S. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 1. **a**) Troitzsch. α. Gegenstand eines Fundes kann niemals eine herrenlose Sache sein. β. Gestohlene, vom Diebe verlorene Sachen können Gegenstand des Fundes sein. γ. Die freiwillige Aufgabe des Besitzes an einer Sache bewirkt, daß die Sache nicht mehr Gegenstand des Fundes sein kann. δ. Eine Sache ist nur dann verloren, wenn der unmittelbare Besitzer die Gewalt freiwillig, aber ohne den Willen des mittelbaren Besitzers aufgegeben hat. **b**) Aus der Rechtsprechung. α. **RG.** (Straff.) **38** 444, SchlHolstAnz. **06** 287. Ein Gegenstand ist erst dann als verloren anzusehen, wenn der Ort seiner Zurücklassung unbekannt und die Möglichkeit seiner Wiedererlangung, abgesehen von einem Zufall, abgeschnitten ist. (Daher liegt der Begriff der verlorenen Sache nicht vor, wenn jemand ein Paket in einem Eisenbahnwagen beim Verlassen des Zuges aus Vergeßlichkeit hat liegen lassen, wenn ihm dies aber unmittelbar, nachdem sich der Zug nach kaum einer Minute Aufenthalt wieder in Bewegung gesetzt hatte, eingefallen ist und er zwecks Wiedererlangung des Pakets alsbald ein bahnamtliches Telegramm nachsenden ließ. Durch die vorübergehende Entziehung der Sache hatte der Eigentümer den Gewahrsam nicht verloren [§ 856 Abs. 2]. Er konnte mit Hilfe der Bahneinrichtungen den Gegenstand jederzeit ermitteln und über ihn verfügen. [Daher ist Entziehung des Pakets durch einen

Dritten Diebstahl, nicht Unterschlagung.] ß. HansGZ. **06** Beibl. 185, BankA. **6** 12 (Hamburg). Die von Planck früher vertretene, jetzt aber mit Rücksicht auf neuere Untersuchungen aufgegebene Ansicht ([3] § 965 Note 1a), daß in Räumen, die im Besitz von Privatpersonen stehen, Sachen nicht verloren und also nicht gefunden werden können, weil der Besitz unmittelbar demjenigen zufalle, dem der Besitz am Hause zustehe, ist nicht richtig. Denn damit eine Sache als „verloren" gelte, wird genügen, daß der Gewahrsam, in dem die Sache bisher gestanden hat, aufhört, daß diese Veränderung unabsichtlich herbeigeführt wird und daß sich nicht ein neuer Gewahrsam unmittelbar anschließt. Hört der Gewahrsam an einer Sache auf, während diese sich in den von einer Privatperson beherrschten Räumen befindet, so braucht sich nicht unmittelbar der Gewahrsam dieser Person anzuschließen. Zwar ist zum Gewahrsam nicht nötig, daß der die Herrschaft Ausübende darum weiß. Aber von einem Gewahrsam wird dann keine Rede mehr sein können, wenn die Lage der Sache eine solche ist, daß sie nach der Anschauung des Verkehrs trotz ihrer Beziehung zu den beherrschten Räumen dem Herrschaftsbereiche des Inhabers der Räume entzogen ist. Danach würde eine Reichsbanknote, die sich etwa in ein Geschäftsbuch eines Geschäfts verirrt, jedenfalls zunächst nicht als verloren gelten können, während sie, wenn sie in einen Papierkorb geraten wäre, als verloren gelten müßte, es sei denn, daß ihr Verlust rechtzeitig bemerkt und nach der Banknote gesucht würde, oder daß bei dem Geschäfte die Gepflogenheit bestände, den Inhalt der Papierkörbe vor ihrer Weggabe einer Durchmusterung unterziehen zu lassen. (Danach sind Geldstücke, die in einem Geschäftsraume freiliegend aufgefunden worden, nicht als verloren angesehen worden. Nach der Anschauung des Verkehrs waren sie in diesem Zeitpunkt im Gewahrsam der Firma, welche in diesen Räumen durch ihre Angestellten eine geordnete Aufsicht ausüben läßt und mithin über alle in den Räumen als solchen sich befindenden Gegenständen den Gewahrsam ausübt.) Darüber, daß aber solche Gegenstände im Sinne der § 978 als verlorene anzusehen sind, vgl. zu § 978 Ziff. 1.

2. Empfangsberechtigter. S. a. IDR. **3** Ziff. 3. Troitzsch. Unter „Empfangsberechtigter" ist derjenige zu verstehen, der auf Grund eines dinglichen Rechtes die Herausgabe einer Sache fordern kann, ferner derjenige, der unfreiwillig die tatsächliche Gewalt über die gefundene Sache verloren hat, z. B. der Verlierer, der frühere Besitzer einer gestohlenen, vom Diebe verlorenen Sache (sofern es sich nicht um verlorenes Geld oder Inhaberpapiere handelt). — Verschiedene Personen können Empfangsberechtigte auf eine Sache sein. Durch Erstattung der Anzeige an einen Empfangsberechtigten genügt der Finder seiner Anzeigepflicht.

§ 966. 1. Troitzsch. Die Pflicht zur Verwahrung beginnt mit dem Augenblick, in dem sich der Finder die tatsächliche Gewalt über die gefundene Sache verschafft hat; ist dies geschehen, so verletzt der Finder seine Verwahrungspflicht, wenn er die gefundene und an sich genommene Sache an den Fundort zurückbringt.

2. *Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, IheringsI. **50** 365 ff. Trotz der Verwahrungspflicht begründet der redliche Finder doch keinen mittelbaren Besitz für den Verlierer. Vgl. § 868 Ziff. I.

§ 967. Pflicht der Polizei hinsichtlich der Fundsachen. S. a. IDR. **2** zu §§ 965 ff. Ziff. 2c. OLG. **12** 127, SeuffA. **61** 8 Nr. 7, R. **06** 562 (Hamburg). Für die Frage, ob und in welchem Umfange die Polizeibehörde für Verletzung ihrer Verpflichtung, ein ihr abgeliefertes Tier als Fundsache zu behandeln, seitens eines ihres Angestellten haftet, ist wesentlich, ob diese Pflicht als Ausfluß der der Behörde übertragenen öffentlichen Gewalt erscheint oder auf

Privatrecht beruht. Die Tätigkeit, welche mangels eines Verzichts (§ 976) des Finders seitens der Polizeibehörde hinsichtlich gefundener und abgelieferter Sachen geübt wird, ist lediglich auf die ihr übertragene öffentliche Gewalt zurückzuführen. Daß daraus privatrechtliche Verpflichtungen entstehen können, ändert daran nichts. Es kommt demnach gemäß Art. 77 EGBGB. für Hamburg das Gesetz, betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege, v. 23. 4. 79 in Betracht, das wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden ordentliche Klage zuläßt. (Eine solche Verletzung von Privatrechten (Eigentum) liegt in der Verfügung, durch welche ein der Polizei als Fundsache abgelieferter Hund der Abdeckerei zur Tötung innerhalb 8 Tagen, wenn bis dahin nicht eingelöst, überwiesen worden ist. Denn die Polizeibehörde ist nicht berechtigt, die Fundsachen zu vernichten, sie erscheint vielmehr verpflichtet, für deren Verwahrung zu sorgen, sie möglicherweise bei gegebener Sachlage zu veräußern und den Wert zu verwahren, den Eigentümer zu ermitteln und wenn das nicht gelingt, die Sache, event. deren Wert, demnächst an den Finder herauszugeben; denn im öffentlichen Interesse und zur Wahrung der Rechte Dritter ist ihr, wie ausgeführt, die Gewalt über gefundene Sachen übertragen. Daß der Hund vor Ablauf der Frist getötet worden sei, wie Beklagte behauptet, ändert nichts an dem Ergebnisse; denn auch dies wäre *nicht* geschehen, wenn der Hund überhaupt als gefundene Sache der Abdeckerei zur *Aufbewahrung* übergeben worden wäre.) — Bestätigt vom **RG.** HansGZ. **06** (Beibl.) 223 (III 5. 1. 06). Ausgeführt wird besonders, 1. daß die Polizei bei Erlaß der Verfügungen über angemeldete oder abgegebene Fundsachen zum Schutze der *verschiedenen* unbekannten Privatrechte, somit im *öffentlichen* Interesse handle, 2. daß die angeordnete Überweisung an die Abdeckerei nicht geeignet gewesen sei, die Tötung des Hundes, mit der schließlich an sich nach den bis dahin ergriffenen Maßregeln zn rechnen gewesen sei, schlechterdings zu *verhindern*.

§ 971. *Troitzsch.* Das Zurückbehaltungsrecht des Finders kann gegenüber jedem Empfangsberechtigten, der die Herausgabe der Sache fordert, geltend gemacht werden und erlischt, sobald einer der mehreren Empfangsberechtigten die Ansprüche des Finders befriedigt. In den Fällen, in denen die Fundsache für einen der mehreren Empfangsberechtigten einen höheren Wert als für den anderen Empfangsberechtigten hat, ist der Finder berechtigt, den erhöhten Finderlohn von jedem Empfangsberechtigten zu fordern. Ein Recht, die Herausgabe der Fundsache bis zur Befriedigung seines Anspruchs auf Finderlohn zu verweigern, muß dem Finder auch gegenüber demjenigen Empfangsberechtigten zugestanden werden, der sich zwar zur Gewährung des Finderlohnes bereit erklärt, aber ihn nur im Verhältnis des Wertes, den die Sache für ihn hat, gewähren will, obwohl sie für einen anderen Empfangsberechtigten einen höheren Wert hat.

§ 973. *Troitzsch.* Als Voraussetzung des Eigentumserwerbes wird auch eine nicht unverzügliche Anzeige bei der Polizeibehörde angesehen werden müssen. Die bloße Behauptung eines Dritten dem Finder gegenüber, er sei empfangsberechtigt, schließt das Recht des Finders auf Erwerb des Eigentums nicht aus. Wird der Nachweis nicht erbracht, oder wird dem Finder ein Empfangsberechtigter erst nach Jahresfrist bekannt, so stehen diese Tatsachen dem durch den Fund erworbenen Eigentumsrechte des Finders nicht entgegen und bewirken keine nochmalige dingliche Rechtsänderung.

§ 978. 1. *Besonderer Begriff der verlorenen Sache.* HansGZ. **06** Beibl. 185, BankA. 6 12 (Hamburg). Die Auslegung des § 978 dahin, daß auch in den Geschäftsräumen von Verkehrsanstalten nur „verlorene" Sachen in dem allgemeinen, für §§ 965 ff. geltenden Sinne (vgl. o. zu §§ 965 ff. Ziff. 1 a β) gefunden werden können, würde dem Gesetzeszwecke wie den Bedürfnissen des täglichen

Lebens gleich wenig entsprechen. Während im allgemeinen der durch den Raum als solchen bedingte Gewahrsam genügt, um eine in dem Raum befindliche Sache als nicht verloren anzusehen, will das Gesetz im § 978 offenbar in den Fällen, in denen Sachen in den bezeichneten Räumen gefunden werden, diese Sachen ohne Rücksicht auf den durch den Raum als solchen bedingten Gewahrsam, etwa wie diejenigen betrachtet wissen, die auf dem „keiner speziellen Aufsicht unterstellten Gebiete des gewöhnlichen Findens" gefunden werden. (Danach stellen sich Geldstücke, welche in den Geschäftsräumen eines Bankinstituts vor einer der Auszahlungskassen freiliegend gefunden wurden, zwar nicht im Sinne der §§ 965 bis 975, wohl aber im Sinne der §§ 978 ff. als verlorene und deshalb findbare Sachen dar.)

2. Bankinstitut. HansGZ. 06 Beibl. 185, BankA. 6 12, R. 06 1377 (Hamburg). Zu den dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalten gehören die Bankinstitute. Dies ergibt: a) Die äußere Veranlassung, welche der Gesetzgeber empfand, den Fund in solchen Anstalten einer besonderen Regelung zu unterwerfen. Dies war zunächst der Zweifel darüber, ob Sachen, die in befriedeten Räumen ohne unmittelbaren Gewahrsam verblieben sind, gefunden werden können. Es erschien dies dem Gesetzgeber keineswegs ausgeschlossen, aber gleichzeitig erschien es unbillig, daß derartige Sachen mit den gewöhnlichen Rechtswirkungen gefunden werden könnten, wenn die Sachen sich in den Geschäftsräumen einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt befänden. Denn zum Unterschied einerseits gegenüber dem allgemeinen Gebiet des Findens, andererseits gegenüber den Privatgebieten und Privaträumen, in denen die darin befindlichen Sachen „bereits einer gewissen Detention unterstehen und nicht im eigentlichen Sinne gefunden werden können", pflegen die Räumer einer Verkehrsanstalt einer besonderen organisierten Aufsicht zu unterstehen. Hiernach sollte für den Begriff einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Anstalt maßgebend sein, daß, ähnlich wie bei der öffentlich-rechtlichen Nutzung allgemein zugänglicher öffentlicher Anstalten, die Inanspruchnahme dem Zwecke gemäß jedermann möglich ist und das die Anstalt einer geordneten Aufsicht untersteht. Plancks Behauptung (3. Aufl. § 978 Nr. 1c), daß hier nur solche Anstalten, welche ihrer Bestimmung nach Beförderungsmittel verwenden, zu verstehen seien, ist also nicht begründet. b) Der Grund aber, warum die Regelung so erfolgt ist, wie sie sich in den §§ 978 ff. darbietet, warum insbesondere der Versteigerungserlös in Ermangelung eines Empfangsberechtigten nicht dem Finder oder der Gemeinde des Fundorts, sondern der Anstalt zufließt (§ 981 Abs. 1), ist offenbar folgender: Bei diesen Anstalten darf, wie eine gehörige „organisierte" Aufsicht über die dem Verkehr eröffneten Räume, so auch eine gehörige Aufbewahrung und weitere Behandlung der gefundenen Gegenstände vorausgesetzt werden, und es ist ihnen für die der Sicherheit des Verkehrs gebrachten Opfer und die mit der Aufbewahrung und Behandlung der gefundenen Sachen verbundene Mühewaltung in der Aussicht auf den Eigentumserwerb ein billiger Gegenwert zu gewähren (vgl. a. § 981 Abs. 3). Diese Erwägung aber trifft auf die in den Geschäftsräumen einer Transportanstalt gefundenen Sachen ebenso zu, wie auf die in den Geschäftsräumen einer Bank gefundenen.

3. Anwendbarkeit auf Inhaber oder Angestellte der Verkehrsanstalt. HansGZ. 06 Beibl. 185, BankA. 6 12, R. 06 1377 (Hamburg). Der Wortlaut des § 978 scheint zunächst nur eine beschränktere Anwendung dieser Vorschriften zu gestatten. Würde der Inhaber oder ein Angestellter der Anstalt in deren Geschäftsräumen eine Sache finden, so würde eine Ablieferung im Sinne des § 978 nicht möglich sein, weil sich die Sache bereits in den Händen desjenigen befinden würde, an den sie abgeliefert werden soll. Damit würde die

Anwendung des § 978 auf den Fall beschränkt sein, in dem ein Dritter die Sache in den Geschäftsräumen einer Verkehrsanstalt findet. Indessen wird eine derart beschränkende Auslegung des Gesetzes dem Gesetzeszwecke nicht gerecht. Es muß auch dann Anwendung finden, wenn Inhaber oder Angestellte der Verkehrsanstalt in deren Geschäftsräumen Sachen finden.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

Literatur: Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner. Berlin-Leipzig 1907.

§ 985. 1. *H. Lehmann, Unterlassungspflicht 28 ff., erörtert das Verhältnis der im absoluten Rechte beschlossenen Duldungspflichten zur Herausgabepflicht. Letztere ist die Verstärkung der Duldungspflicht gegenüber dem Besitzer. Diese Auffassung hat den Vorzug, die dinglichen Herausgabeansprüche in ihrer Sonderstellung zu den obligatorischen scharf zu charakterisieren.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 139. Muß der Eigentümer die wiederholte Entziehung befürchten, so kann er auch auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

3. *Wunderlich 53 f., 62. Das Klagebegehren des Fahrnispfandeigentümers gegen den Verpfänder ist Abtretung des pfandrechtlichen Herausgabeanspruchs gegen den Gläubiger, und damit des mittelbaren Besitzes. Der Verpfänder kann sich nicht auf das Pfandrecht berufen. Ein Recht auf Abtretung der Besitzschutzklagen hat dagegen der nichtbesitzende Pfandeigentümer nicht.

§ 986. 1. *Wunderlich 54 f., 101. Gegen die Pfandherausgabeklage des Pfandeigentümers kann sich auf das Pfandrecht nur der Beklagte berufen, der Besitzmittler von Pfandgläubiger oder Verpfänder ist. Andernfalls kann der Eigentümer unmittelbar Herausgabe an sich verlangen. Der Gläubiger kann eine Hauptintervention anstellen; der Verpfänder nur dann, wenn er Pfandherausgabe an sich verlangen kann.

2. WürttJ. **18** 62 ff. (Stuttgart). Einem lediglich auf das Eigentum des verstorbenen Gemeinschuldners gestützten Anspruch des Konkursverwalters auf Herausgabe von Grundstücken gegenüber kann der Beklagte sich auf § 986 berufen. (Vgl. Planck, Note 1a zu § 986 und Dernburg, BGB. (2) III § 92 Ziff. 3.)

§§ 987 ff. RG. 7. 11. 05, **61** 430 ff. Der mit der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. auf Freigabe gepfändeter Sachen verklagte Gläubiger haftet nicht nach den Sondervorschriften über die Verletzung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers durch den Besitzer, sondern nach den allgemeinen Normen über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

§§ 989 ff. *Wunderlich 60. Haben Pfandgläubiger und Pfandeigentümer wegen dieser Schädigungen Ansprüche, so kann letzterer lediglich Zahlung an ersteren verlangen, ausgenommen den Betrag, um den das Eigentümerinteresse das Gläubigerinteresse übersteigt.

§ 992. RG. 6. 10. 05, GruchotsBeitr. **50** 676 ff. läßt zunächst dahingestellt, ob es für die Anwendbarkeit des § 992 erforderlich ist, daß dem Dejizienten ein Verschulden zur Last falle, und führt dann aus: das Verschulden werde bei verbotener Eigenmacht nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Dejizient in der Annahme handle, der andere Teil, dem er gegen dessen Wissen den Besitz entzog, sei zum Besitze nicht berechtigt gewesen; es komme allein auf das Wissen von der Rechtswidrigkeit der Eigenmacht an. Vgl. auch Buhl, JDR. 1.

§ 994. *Wunderlich 108 ff. Auch der das Vertragspfand besitzende Pfandschuldner hat bei Herausgabe an den Pfandgläubiger Verwendungsansprüche.

§ 1000. *Schlegelberger, ZBlFG. **6** 553 ff. An die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen tritt kein Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse. (Näheres u. zu § 92 ZVG.)

§ 1003. Relatives Verwertungsrecht des Besitzers an der Sache, bei Grundstücken mit, bei Fahrniß ohne Realobligation des Eigentümers; vgl. Siber, JheringsJ. **50** 128, 147, o. Ziff. 3 IV zu §§ 241 ff.

§ 1004. I. 1. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Über ihre Voraussetzungen, ihr Ziel und ihre Bedeutung eingehende Ausführungen bei Eltzbacher, Unterlassungsklage. (S. o. im Anhang zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

2. Fischer, BayRpflZ. **06** 39 ff. Der Klage aus Abs. 1 kann mit Erfolg die Einrede aus Abs. 2 entgegengesetzt werden. Dies gilt auch für das Notwegerecht.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 8. 2. 05, SeuffA. **61** 122. Der für die Urteilsfällung in Immissionsprozessen angenommene Grundsatz, wonach eine allgemein gefaßte Verurteilung zur Fernhaltung von Störungen zulässig und zur Vermeidung einer Verkümmerung des dem Verurteilten zustehenden Wahlrechts sogar geboten ist, gilt nicht für das Zwangsvollstreckungsverfahren. Hier hat vielmehr der Gläubiger die Maßregel, deren zwangsweise Durchführung er verlangt, zu bezeichnen. (Vgl. OLG. Karlsruhe, JDR. **2** Ziff. 2.)

2. **a**) ElsLothJZ. **06** 20 (Colmar). Gegen die Gefährdung eines Anwesens durch Herniederfallen von Steinen, die dorthin infolge von Sprengungen in einem benachbarten Steinbruch geschleudert werden, steht dem Eigentümer die Klage aus § 1004 zu. Die zu treffenden Vorkehrungen sind in die Verurteilung nicht aufzunehmen. **b**) SeuffA. **61** 10 ff. (München). Eigentumsstörungsklage aus § 1004 gegenüber der Verweigerung einer Hypothekenlöschung.

3. **a**) **RG.** 27. 6. 06, DJZ. **06** 1094. Die bloße abstrakte Möglichkeit, daß ein schadenbringendes Ereignis sich wiederholen werde, begründet noch nicht die Besorgnis, daß eine solche Wiederholung eintreten werde. **b**) R. **06** 1261 (Frankfurt). Wie Verschulden des Störers nicht Voraussetzung des Anspruchs aus § 1004 ist, so ist auch für die Frage, ob im Sinne des Abs. 1 Satz 2 weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, unwesentlich, ob den Beklagten eine Fahrlässigkeit trifft.

4. Über die Voraussetzungen der Klage aus § 1004 R. **06** 1197 Ziff. 2851 (Frankfurt) wie OLG. Karlsruhe, JDR. **3** Ziff. 2 d u. **RG.** JW. **02** Beil. 187 ff., JDR. **1** Ziff. 4.

5. R. **06** 1197 Ziff. 2852 (Frankfurt). Es ist zulässig, mit der Klage aus § 1004 einen Schadensersatzanspruch zu verbinden. Der Antrag auf Ersatz des noch erwachsenden Schadens kann durch die Leistungsklage mit dem Hauptanspruch zusammen als bloße Nebenforderung geltend gemacht werden. (Vgl. a. Siber, JDR. **2** Ziff. 1.)

6. WürttJ. **17** 316, SeuffBl. **06** 139 (Stuttgart). Störer unter Umständen auch der Eigentümer des Grundstücks. (Wie **RG.** **45** 298, **47** 163 ff., JDR. **1** Ziff. 4.)

7. Über Störungen durch Rauch, Ruß, Geräusch vgl. Hörig o. Ziff. I zu § 906.

§ 1005. *H. Lehmann, Unterlassungspflicht 30, führt aus, daß § 1005 keinen vollkommen neuen Anspruch neben dem Herausgabeanspruch gegen den Besitzer schaffe, sondern lediglich das im absoluten Recht enthaltene Störungsverbot

und den darauf beruhenden Duldungsanspruch dem Grundstücksbesitzer gegenüber besonders ausgestalte.

§ 1006. 1. OLG. **12** 129 (KG.). Die Vermutung des § 1006 wird, wenn es sich um Besitz der im gesetzlichen Güterstande lebenden Frau handelt, durch die im § 1362 zugunsten der Gläubiger des Mannes geschaffene Vermutung überwunden. Ebenso SächsRpflA. **06** 204 (Dresden).

2, SächsRpflA. **06** 107 (Dresden). Die im Abs. 1 aufgestellte Vermutung besteht nur zugunsten des Besitzers, kommt also nicht einem Dritten zugute, wenn es sich für denselben darum handelt, das Eigentum des Besitzers darzutun.

3. Josef s. u. zu § 1227; im übrigen über die im § 1006 liegende Gefährdung des Eigentums wie Buhl, JDR. **1** Ziff. 4.

§ 1007. *Wunderlich 26. 1. Dem Fahrnisverpfänder steht bei Klage auf Pfandherausgabe die Einwendung der Besitzaufgabe nicht an sich entgegen. Gegen den Pfandgläubiger kann er sich nur auf bösgläubigen Besitzerwerb stützen; auch steht ihm hier — abgesehen von der Einrede des besseren Besitzrechts — die Einwendung des freiwilligen Besitzverlustes entgegen. 2. Der vor der Verpfändung gegen den Verpfänder begründete Anspruch des Fahrnispfandeigentümers geht nach der Verpfändung auf Abtretung der Besitzansprüche und richtet sich dann auch gegen den Pfandgläubiger als Besitznachfolger des Verpfänders. Dem Gläubiger steht die Einrede eigenen Besitzrechts nicht zu (63 ff.). 3. Die unbefugte Verpfändung einer Sache durch den unmittelbaren Besitzer ist für den mittelbar besitzenden Eigentümer, sofern sein Besitz dadurch völlig aufgehoben, nicht bloß herabgesetzt werden soll, unfreiwilliger Besitzverlust. Der Eigentümer dringt daher dann auch gegen den gutgläubigen Gläubiger durch (65). 4. Der besitzende Pfandeigentümer hat auch gegen Verpfänder und Pfandgläubiger die petitorische Besitzklage (67 ff.). 5. Nach dem Untergange des Pfandrechts erlischt die Einrede des besseren Besitzrechts sowie die Einwendung der Besitzaufgabe gegen den Verpfänder. Der Pfandgläubiger wird ferner mit der Kenntnis vom Erlöschen bösgläubig (39). 6. Der vor der Pfändung entstandenen Klage steht nach dieser ein besseres Besitzrecht des Pfändungspfandgläubigers entgegen (68).

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

Literatur: Dennler, Einiges vom Erbbaurecht, BlAdmPr. **56** 36. — Wittmaak, Das Erbbaurecht des BGB. (Heft 2 des 14. Bandes der Abh. aus dem Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, herausgegeben von Fischer), besprochen von Böthke, GruchotsBeitr. **51** 232. Eine eingehende Würdigung dieses Werkes muß dem nächsten Jahrgange vorbehalten werden.

§ 1012. **RG. 61** 1. Das Wesentliche des Erbbaurechts ist, daß das zu belastende Grundstück als Baugrund dienen soll, wobei es nicht darauf ankommt, ob die baulichen Anlagen bereits bestanden haben oder erst hergestellt werden sollen. Mit dem Wesen des Erbbaurechts ist die Setzung einer zeitlichen Grenze (z. B. auf 30 Jahre mit der Bestimmung, daß der Vertrag, wenn er nicht gekündigt werde, sich immer um 5 Jahre verlängere) nicht unverträglich. Der Abs. 2 des § 925 fehlt in dem die Bestellung des Erbbaurechts regelnden § 1015 BGB. Das Gesetz schließt auch nicht die Beifügung von Bedingungen, insbes. von kassatorischen Klauseln aus (z. B., daß beim Eintritte gewisser Umstände oder bei nicht pünktlicher Zahlung der Vergütung das Erbaurecht erlöschen kann). Unwesentlich für das Erbbaurecht ist die Regelung eines Entgelts. (Das Urt. führt dann weiter aus, daß der Vertrag wegen Begründung eines Erbbaurechts dem Immobiliarstempel nach Tarifst. 32 PrStempStG. v. 31. 7. 95 unterliegt.)

§ 1014. Die Entsch. R. **05** 647 — JDR. **4** zu § 1014 — auch Bay. ObLG. **6** 594, SeuffBl. **06** 452. Die Begründung eines vererblichen und ver-

äußerlichen Rechtes, inhalts dessen der Berechtigte befugt sein soll, einen bestimmten Teil eines Mühlengebäudes zur Aufstellung und zum Betrieb eines Elektrizitätswerkes zu benutzen und zu diesem Zwecke in dem Fußboden des Gebäudes die für die aufzustellenden Maschinen erforderlichen Betonunterlagen zu haben, ist seit dem Inkrafttreten des BGB. unstatthaft (EGBGB. Art. 189).

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 157 ff., untersucht, inwieweit die Vertragsfreiheit der Parteien bei der Begründung einer Dienstbarkeit anzuerkennen, insbes. die Eintragung von Gewerbebeschränkungen zulässig ist. Zu den Handlungen, die auf dem Grundstücke nicht vorgenommen werden dürfen, rechnet er nur solche, welche in ihrer nächsten unmittelbaren Wirkung eine Verschiedenheit in der Benutzung bedingen, z. B. die Ausübung eines Gewerbebetriebs überhaupt oder eines bestimmten Gewerbebetriebs (z. B. einer Gastwirtschaft), nicht aber die Beschränkung auf den Ausschank nur von Bier oder von Bier zu einem Mindestpreise oder aus einer bestimmten Brauerei, auch darf das Verbot niemals die durch die allgemeinen Verbotsgesetze und guten Sitten gezogenen Grenzen überschreiten, daran scheitert daher die Verdinglichung eines ausschließlichen Bierbezugsrechts (§ 10 GewO.).

2. *B. Hilse, Zeitschr. f. Wohnungswesen **06** 125. Die Vereinbarung benachbarter Grundeigner des Inhalts, daß die beiderseitigen Hofflächen als Hofgemeinschaft oder der Zwischenraum zwischen ihren Gebäuden als Bauwichsgemeinschaft dauernd zu dem Zwecke bestellt werde, den Anforderungen des örtlichen öffentlichen Baurechts entsprechend, die hofwärts belegenen Baulichkeiten höher aufführen bzw. in der dem Nachbar zugekehrten Abschlußwand Fenster und Türen anbringen zu dürfen, hält sich in den Grenzen einer zulässigen Grunddienstbarkeit selbst dann, wenn deren spätere Löschung nur nach erteiltem Einverständnisse der Gemeindebehörde statthaft sein soll. Während der Besitzer zweier benachbarter Grundstücke zum Errichten einer solchen nicht verstattet ist, geht nach Hilse (Deutsche Bauzeitung **06** 242) solche infolge Vereinigung des herrschenden mit dem dienenden Grundstücke nicht unter.

3. Aus der Praxis. **a)** SächsRpflA. **06** 114 (Dresden). Die Pflicht zur Gewährung einer Gegenleistung kann mit der Dienstbarkeit selbst nicht verknüpft werden, dessen ungeachtet bleibt die obligatorische Verbindlichkeit zur Gewährung der Gegenleistung bestehen. **b)** ElsLothNotZ. **06** 81 (LG. Colmar). Die Verpflichtung des Käufers, das gekaufte Grundstück auf seinem Boden und auf Kosten des jeweiligen Eigentümers mit Holz oder Draht einzufriedigen und die Einfriedigung auf seine Kosten zu unterhalten, ist keine Grunddienstbarkeit und daher nicht eintragungsfähig. **c)** BayRpflZ. **06** 39 (BayObLG.). Das Notwegerecht (BGB. § 917) ist keine Grunddienstbarkeit, sondern eine Eigentumsbeschränkung.

§ 1019. BraunschwZ. **06** 169 (Braunschweig). Regelmäßig ist eine bestellte Dienstbarkeit nicht auf das im Augenblicke der Bestellung gerade bestehende Bedürfnis beschränkt. Vielmehr ist anzunehmen, daß sie für den durch die Verkehrsauffassung bestimmten und äußerlich sich ausprägenden bisherigen Charakter des Grundstücks bestellt sei und sich einem innerhalb dieses Charakters wechselnden Bedürfnisse zu fügen habe. Man hat deshalb angenommen, daß eine Wegegerechtigkeit bei Verwandlung des herrschenden Grundstücks aus einem Forst- in ein Ziegeleigrundstück, aus einem Weinberg und Acker in ein Fabrikgrundstück, aus einem Garten in eine Bleiche, aus einem kleinen Bauernhofe in ein Kurhotel sich dem neuen Bedürfnisse nicht zu fügen habe (**RG.** JW. **95** 210, **85**

337, **98** 624, **95** 154, SeuffA. **52** Nr. 75 [BayObLG.]), wohl aber dann, wenn auf städtischen Grundstücken, welche nach ihrer Lage und Beschaffenheit zum Betriebe bürgerlicher Gewerbe bestimmt sind, ein Gewerbebetrieb eingerichtet wird. (SeuffA. **33** Nr. 290 u. **41** Nr. 174). Auch bei einer durch Ersitzung entstandenen Dienstbarkeit darf man sich trotz des Grundsatzes: tantum praescriptum quantum possessum nicht ängstlich an nebensächliche Einzelheiten klammern, sondern man muß auch hier das Charakteristische der Ausübungshandlungen herausgreifen und danach Gruppen (z. B. hauswirtschaftliche, hausgewerbliche, landwirtschaftliche) bilden.

§ 1020. **RG.** BayRpflZ. **06** 272. Das Dienstbarkeitsrecht geht dem Mitbenutzungsrechte des Eigentümers vor. Das Verhältnis zwischen beiden ist nicht nach § 1024, sondern nach § 1020 zu regeln.

§ 1026. 1. KGJ. **31** A 309 (teilweise auch BreslauAK. **06** 16). Der § 1026 findet keine Anwendung, wenn zwar nach den Verhältnissen zur Zeit der Teilung die Ausübung der Dienstbarkeit auf dem abgezweigten Teile ausgeschlossen ist, aber die Möglichkeit einer Änderung besteht, infolge deren die Dienstbarkeit auch auf dem abgezweigten Teile ausgeübt werden kann.

2. Josef, JW. **06** 626. Das Vorhandensein der Voraussetzungen für das Freiwerden ist durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 29 GBO.). Der Notar ist zur Ausstellung einer solchen Urkunde, selbst wenn er nach den ihm persönlich innewohnenden Kenntnissen hierzu imstande wäre, niemals zuständig, sondern lediglich das Katasteramt.

§ 1027. BayRpflZ. **06** 446 (Bamberg). Die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit kann in einer tätlichen Störung der Ausübung oder in einer wörtlichen Bestreitung liegen. Beklagter ist nicht nur der Eigentümer des dienenden Grundstücks, sondern jeder Dritte, der unbefugt der Ausübung in den Weg tritt (Bay. ObLG. **3** 352).

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. Wesen des Nießbrauchs. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 77/78. Der Nießbrauch in seiner heutigen Gestalt gehört nicht mehr ins Sachenrecht, sondern in den Allgemeinen Teil. Er ist eine Form der Rechtsgemeinschaft, die sich bei Rechten aller Art findet (BGB. § 1068), und die man im Gegensatze zu der gewöhnlichen, gleichartigen Gemeinschaft als ungleichartige Gemeinschaft bezeichnen kann: der Hauptberechtigte hat den Nießbraucher als ungleichartigen Teilhaber neben sich.

§ 1053. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Über ihre Voraussetzungen, ihr Ziel und ihre Bedeutung eingehende Ausführungen bei *Eltzbacher, Unterlassungsklage. (S. o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

§ 1066. Abs. 2. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 48. Passiv zur Aufhebungsklage legitimiert ist der Miteigentümer allein.

II. Nießbrauch an Rechten.

Literatur: Hacker, Der Nießbrauch von Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten. Berlin 1906.

Zu §§ 1068 ff. *Hacker berührt von neuem das Problem des „Rechtes am Rechte“. Er verficht die Theorie der konstitutiven Sukzession mit einer neuen Begründung, indem er die bisher bei der Behandlung dieses Problems angewandte deduktive, wie auch die induktive Methode als unzulänglich nachweist (7 ff.) und — unter Anlehnung an Mansbach, Der Nießbrauch von Forderungen (1880) — auf

analytisch-regressivem Wege dem Problem näher zu kommen sucht (11 ff.). Nach dieser Theorie ist das „belastete" Recht nicht das Objekt des „herrschenden" Rechtes, sondern dieses ist ein qualitativer Teil, eine verselbständigte Funktion jenes Rechtes, es ist aus jenem abgeleitet und kann somit niemals ein der Art nach von ihm verschiedenes Recht sein. Der Nießbrauch ist daher insofern auch kein einheitliches Recht, sondern soviel Arten von Rechten es gibt, soviel Arten von Nießbrauchsrechten gibt es auch, der Nießbrauch von einem dinglichen Rechte ist wieder ein dingliches, von einem sonstigen absoluten wieder ein absolutes, von einem obligatorischen wieder ein obligatorisches Recht. Demnach entbehrt das Rechtsinstitut des Nießbrauchs nicht der Einheitlichkeit überhaupt, diese wird gewahrt durch den typischen Nießbrauchszweck, den Zweck, einen fremden Vermögensgegenstand für sich zu nutzen. Dieser Zweck findet juristisch seinen Ausdruck und seine Verwirklichung in dem Verhältnis des einzelnen Nießbrauchsrechts zu seinem Mutterrecht. Dieses Verhältnis ist daher stets das gleiche, nämlich das einer bestimmten beschränkten Berechtigung zu der vollen Berechtigung aus ein und demselben Rechte. Der Maßstab, nach dem dieses Verhältnis im Einzelfalle zu gestalten ist, ist das des Sachnießbrauchs zum Eigentum (26). — Die Überschrift der §§ 1068 ff. u. § 1068 Abs. 1 kann nicht gegen diese Ansicht verwandt werden, da das Gesetz eine Entscheidung über die Theorien nicht geben wollte (Mot. III 539). Die Bezeichnung „Nießbrauch an Rechten" ist demnach irreführend bzw. unrichtig, die Bezeichnung „Nießbrauch von Rechten" wird vorgezogen (25). — Der Nießbrauch von einer Aktie (55 ff., auch Holdheims MSchr. **06** 181 ff.) ist demnach ein dem Aktienrechte wesensgleiches, also ebenfalls eine Art Mitgliedschaftsrecht. Um es im einzelnen zu erfassen, ist das Aktienrecht in seine einzelnen Bestandteile zu zerlegen und der Einfluß der Belastung auf jede einzelne solche Ausstrahlung des Vollrechts zu prüfen. Ein Hauptgewicht ist dabei auf die strenge Scheidung der materiellen Berechtigung und der formellen Legitimation, welche dem Nießbraucher die Ausübung seines Rechtes ermöglichen soll, zu legen. a) Materiell umfaßt das Recht des Aktiennießbrauchers das Recht auf die Dividende und die Bauzinsen. Ferner wird ihm auch das Stimmrecht sowie in gewissem Umfange das Recht der Anfechtung statutenwidriger Beschlüsse der GV. zuerkannt. Sein Recht bezüglich der Liquidationsquote wird mit dem Zeitpunkte der Feststellung der einzelnen Raten zu einem Forderungsnießbrauch, auf den — abweichend von H. Lehmann und Gierke — die Vorschriften über den Nießbrauch von unverzinslichen Forderungen anzuwenden sind. b) Die formelle Legitimation ist verschieden bei Namens- und bei Inhaberaktien. Für erstere wird besonders das Vollindossament mit beschränkendem Begebungsvertrag zu Nießbrauchszwecken, wie auch ein direktes Indossament „zum Nießbrauch" für anwendbar erklärt und begründet. Ersteres gibt dem Nießbraucher eine über sein materielles Recht hinausgehende Legitimation und modifiziert dieses dadurch in etwas. Letzteres erteilt ihm eine seiner materiellen Berechtigung kongruente Legitimation. Bei der Inhaberaktie sind ähnliche Formen möglich. — Über Nießbrauch von Prämienpapieren vgl. u. zu § 1081, von Urheberrechten das LitUrhG. v. 19. 6. 01 § 8.

§ 1068. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 77/78. Wesen des Nießbrauchs. Daraus, daß es einen Nießbrauch an Rechten gibt, folgt, daß der Nießbrauch nicht ins Sachenrecht gehört. Er gehört in den Allgemeinen Teil und ist eine Form der Rechtsgemeinschaft, die man als ungleichartige Gemeinschaft bezeichnen kann. Der Hauptberechtigte kann bei Rechten aller Art einen Nießbraucher als ungleichartigen Teilhaber neben sich haben.

2. OLG. **12** 130 (KG.). Soll ein Nießbrauch an einer Forderung bestellt werden, so muß in der Bestellungserklärung des Gläubigers zum Ausdruck

kommen, daß dem anderen Teil der Nießbrauch an der Forderung zustehen soll. Der Zinsgenuß ist für sich allein nicht übertragbar.

Zu §§ 1081 ff. *Hacker, Nießbrauch von Prämienpapieren 37 ff., auch HoldheimsMSchr. **06** 151 ff. Der Nießbrauch von Inhaberpapieren wird bestellt wie ein Sachnießbrauch, Inhalt und Umfang aber regelt sich nach den Vorschriften über einen Forderungsnießbrauch. §§ 1069 ff. sind grundsätzlich auch auf Inhaberpapiere anzuwenden, ob aber gemäß § 1070 auch § 796 anzuwenden ist, ist zweifelhaft und wird verneint. Demnach sind dem Aussteller des Papiers gegen den Nießbraucher dieselben Einreden zu geben wie gegen den Nießbrauchsbesteller. Dies erfährt jedoch dadurch eine Einschränkung, daß der gute Glaube des Nießbrauchers geschützt wird, und zwar in dem weitgehenden Maße des § 935 Abs. 2, die Einrede des Diebstahls würde demnach dem gutgläubigen Nießbrauchserwerber gegenüber wirkungslos sein. — Zu den Rechtsgeschäften des § 1071 gehört auch die Aufrechnungserklärung (Dernburg, BürgR. I 335), infolge der derselben vom Gesetz gewährten Begünstigung erfährt daher § 1071 durch §§ 1070, 406 eine gewisse Einschränkung. — § 1081 Abs. 1 statuiert bei strikter Auslegung nur eine Mitlegitimation für den Nießbraucher, über den Umfang einer Mitberechtigung ist damit noch nichts gesagt. Demnach entspricht es dem Sinne des Gesetzes, ihm eine solche zu geben und zwar nach Analogie des § 1077; bezeichnen doch die Mot. (III 557) die Vergemeinschaftlichung der materiellen Verfügungsgewalt als den Grund für die im § 1081 eingeführte Vergemeinsamung, auch der formellen. § 1077 ist aber nicht nur für verzinsliche, sondern auch für unverzinsliche Inhaberpapiere anzuwenden. Die — z. B. aus § 1071 zu folgernde — Möglichkeit, daß dem Aussteller gegen den Nießbraucher und gegen seinen Konstituenten verschiedene Einreden zustehen, führt unter Anwendung des § 1077 zu dem auffallenden Resultat, daß, wenn beide als Streitgenossen nach §§ 59, 61 ZPO. mit dem Begehren auf Zahlung an sie beide klagen, der eine zwar mit seiner Klage abzuweisen ist, der andere jedoch obsiegt und so die Zahlung an beide erlangt. Einreden des Schuldners, die nicht gegen die beiden Berechtigten ziehen, sind somit praktisch für ihn wertlos. — Im Falle der Anwendung des G. v. 4. 12. 99, betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen, steht das Stimmrecht dem Nießbraucher zu.

§ 1081. Abs. 2. *Hacker 53 bzw. 158. Abs. 2 hat nicht exklusive Bedeutung. Als normale Nießbrauchsbestellung erscheint vielmehr die nach §§ 1069, 1032, 929 ff. durch Einigung und Übergabe oder Übergabeersatz erfolgende, die Bestellung nach § 1081 Abs. 2 tritt jetzt als neue hinzu. Aus der Ausdrucksweise „an Stelle der Übergabe" ist zu folgern, daß auch in diesem Falle die §§ 932 ff., insbesondere auch § 935 Abs. 2 Anwendung finden.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1085. *Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäfte 20 ff. u. 52. Die Vorschriften der §§ 1085 ff. beziehen sich nicht auf Nießbrauch am Sondervermögen, wie z. B. an Geschäften eines Einzelkaufmanns oder einer o. HG. Sie können auch nicht analog auf diese Fälle ausgedehnt werden. (Vgl. o. Ziff. 1 zu § 311 BGB.)

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. **a**) Die Entsch. des RG. — JDR. **4** Ziff. 1 zu § 1090 — über die Unzulässigkeit der Eintragung baupolizeilicher Beschränkungen zugunsten einer Gemeinde jetzt auch abgedruckt **RG. 61** 338, JW. **05** 692. Dagegen **b**) Brandi, PrVerwBl. **27** 888, unter Hinweis darauf, daß im § 1090

Abs. 2 der § 1019 BGB. nicht für entsprechend anwendbar erklärt sei, ein Privatverhältnis auch insofern gesichert werde, als es geeignet sei, die späteren Eigentümer vor den sonst nötigen polizeilichen Maßnahmen zu schützen. Ferner c) Hilse, R. **06** 794. Bei Eintragung der Grunddienstbarkeit einer Hof- oder Bauwichsgemeinschaft ist der wesentliche Zweck der Belastung darauf gerichtet, dem Nachbarn (und sich selbst) die Möglichkeit einer besseren Ausnutzung des Grundstücks zu verschaffen. Daß nebenbei zur Sicherung des Gemeinwesens auf Fortbestand der Einrichtung die Löschung der Grunddienstbarkeit von der Zustimmung der Gemeinde abhängig gemacht wird, kennzeichnet sich nicht als einen unzulässigen Inhalt der Dienstbarkeit, soll vielmehr nur der Vereinbarung eines dem örtlichen Baurecht widersprechenden Zustandes vorbeugen.

2. NaumburgAK. **06** 86, OLG. **14** 88 (KG.). Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nur für eine bestimmte Person in das Grundbuch eingetragen werden, nicht zugleich auch für andere, die als Berechtigte an die Stelle des Erstberechtigten treten sollen, insbesondere nicht für die Erben oder die sonst in die Rechte des Dienstbarkeitsberechtigten nachfolgenden Personen. Der Besteller der Dienstbarkeit kann nur die persönliche Verpflichtung übernehmen, gegebenenfalls eine der Dienstbarkeit des Erstberechtigten gleichartige Dienstbarkeit für den Nachfolger zu bestellen.

3. RheinARV. **24** 101, RheinNotZ. **06** 146, RJA. **7** 254 (KG.). Unter „Benutzen" i. S. des § 1090 ist ein Gebrauchen jeder Art zu verstehen, auch wenn mit ihm eine Verringerung der Substanz des Grundstücks verbunden ist. Deshalb kann das jemand gewährte Recht zur Ausbeute der Schiefer aus einem bestimmten Grundstücke den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden. Der Unterschied zwischen einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und einem Nießbrauche besteht hinsichtlich des Inhalts darin, daß der Nießbrauch kraft seines gesetzlich bestimmten Inhalts das Recht auf alle Nutzungen der Sache verleiht, soweit nicht rechtsgeschäftlich, wie § 1030 Abs. 2 zuläßt, eine Ausnahme gemacht ist, während bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten die Benutzungsrechte als einzeln zustehende rechtsgeschäftlich bestimmt werden.

4. Rohmer, ElsLothNotZ. **06** 209, erachtet das in Gutsüberlassungsverträgen vorbehaltene Benutzungsrecht eines Gartens oder eines Teiles weder für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit i. S. des § 1090, noch für einen Nießbrauch nach § 1030, da es nicht übertragbar sei; dagegen die Bemerkung der Redaktion (210), wonach, wenn die Benutzung des Gartens und der Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, den Berechtigten für ihre Lebensdauer zustehen soll (BGB. § 581), das Recht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit eintragungsfähig ist.

5. *Neumann, JW. **07** 97, empfiehlt der Industrie, bei Lieferung ihrer Erzeugnisse für Grundstücke, da der Eigentumsvorbehalt im Hinblick auf § 93 BGB. und die Rechtsprechung dazu (vgl. JDR. **4** Ziff. 2 a zu § 93) versage, sich zu ihrer Sicherung eine persönliche Dienstbarkeit bestellen zu lassen, indem er ausführt: Das Recht, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, kann einen so verschieden gestalteten Inhalt haben, wie die Beziehungen mannigfach sind, in denen es benutzt werden kann. Wie die Benutzung eines Grundstücks auch darin bestehen kann, auf ihm allerhand Werke aufzustellen und zu halten, etwa zu dem Zwecke, diese Gegenstände auszustellen oder sie gegen oder ohne Entgelt einem größeren oder kleineren Personenkreise zur Benutzung zu eröffnen, so kann sich auch ein Unternehmer das Recht zu einer derartigen Benutzung des Grundstücks in Form der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestellen lassen; etwa das Recht, eine Fahrstuhlanlage oder eine Drahtseilbahn auf dem belasteten Grundstücke zu halten,

vielleicht um das Publikum gegen Entgelt auf dieser Anlage zu befördern. Dem Inhalte des Rechtes würde es auch nicht widersprechen, wenn die Beförderung des Publikums durch den Eigentümer geschehen und dieser sich mit dem Lieferanten der Anlage in anderer Weise abfinden würde oder wenn die obligatorische Verbindlichkeit des Unternehmers hinzutreten würde, nach einer bestimmten Zeit oder unter sonstwie festgesetzten Bedingungen das Werk dem Grundstückseigentümer zu Eigentum zu überlassen und auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu verzichten, oder wenn der Grundstückseigentümer die obligatorische Verbindlichkeit einginge, die Anlage in einer bestimmten Zeit zu übernehmen, in gewissen Zeiten Zahlungen für sie zum Zwecke des Erwerbes zu leisten, inzwischen den Betrieb der Anlage, sei es im Interesse des Unternehmers, sei es im eigenen Interesse zu besorgen. — Der Zweck, der mit einem bestellten Rechte verfolgt wird, und die obligatorische Regelung des Verhaltens der Parteien stehen dem dinglichen Rechte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ebensowenig entgegen, wie einem anderen dinglichen Rechte der Zweck, der mit der Bestellung des Rechtes erstrebt wird, oder die besonderen obligatorischen Abreden der Parteien. — Eine Überlassung der körperlichen Benutzung des Grundstücks ist bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit um so weniger bedenklich, als sie im § 1092 von dem Gesetze ausdrücklich als zulässig vorausgesetzt ist; es steht auch nichts im Wege, diese Benutzung dem Eigentümer selbst zu überlassen. Der Bestand des Rechtes wird hierdurch nicht berührt.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. *Siber, IheringsJ. **50** 155 f., 163. Die Reallast enthält eine durch dingliches Verwertungsrecht gesicherte Realobligation, die, wenn auf Geldleistung gerichtet, durch Zwangsvollstreckung erfüllt wird; ist sie auf andere Leistungen gerichtet, so ist die Vollstreckung, mittels deren ein Geldbetrag beizutreiben ist, nicht Erfüllung, sondern Ersatz wegen Nichterfüllung; hier liegt also noch ein Fall der Sachhaftung im älteren Sinne vor.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 164 ff. Unterlassungsreallasten sind unzulässig. Entscheidend in dieser Richtung ist, daß das Gesetz nur einen geschlossenen Kreis inhaltlich fest umgrenzter dinglicher Rechte anerkennt, und daß es im § 1018 das Verbot von Handlungen als möglichen Inhalt einer dinglichen Last nur in einem gewissen beschränkten Umfang als zulässig bezeichnet. Diese Abgrenzung würde jeden Zweck verlieren und geradezu illusorisch gemacht, wenn man nach § 1105 das Verbot jeder beliebigen Handlung verdinglichen könnte.

3. OLG. **12** 281 (KG.). Voraussetzung der Reallast ist nicht, daß die einzelnen Leistungen sich in periodisch bestimmten Zeitabschnitten wiederholen oder eine fest bestimmte Höhe haben.

4. Über die Verpflichtung zur Zuchtstierhaltung als Reallast nach früherem bayerischen LR. s. BayObLG. **6** 685.

§ 1108. *Siber, IheringsJ. **50** 160 ff. „Persönliche Haftung", „persönliche Schuld" (§ 1143 u. a.) sind im BGB. technische Bezeichnungen der gegenständlich unbeschränkten Verpflichtung, wegen deren in das ganze Schuldnervermögen vollstreckt werden kann. Sprachlich ist die Bezeichnung ungenau, weil auch die gegenständlich beschränkte Verpflichtung, die auf Leistung aus einer Sache gerichtete Realobligation, Verpflichtung einer Person ist.

§ 1109. OLG. **12** 131 (Hamburg). Die Deichlast ruht unmittelbar auf dem Grund und Boden des durch den Deich geschützten Landes und hat die Natur einer Reallast. Bei Teilung der Grundstücke geht die Deichlast anteilsweise auf die einzelnen Trennstücke über.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel. Hypothek.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses steht noch immer die Rechtsnatur der Hypothek, wie sie insbes. für den Fall der Nichtigkeit der Hypothek oder des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts oder bei der Pfändung der dem Eigentümer zustehenden Eigentümergrundschuld, insbes. im Falle der Pfändung der Höchstbetragshypothek in die Erscheinung tritt (vgl. zu §§ 1163, 1190). Bemerkenswert ist die immer mehr sich durchringende Erkenntnis der Notwendigkeit, zwischen den Anforderungen des materiellen und des formellen Grundbuchrechts zu unterscheiden, und die anfangs allgemein vertretene Auffassung, daß der eingetragene Grundstückseigentümer als der eingetragene Eigentümer der ihm eventuell zufallenden Eigentümergrundschuld anzusehen sei, ist jetzt vom **RG. 61** 374, wenigstens was die Pfändung der eventuellen Eigentümergrundschuld betrifft, als im Widerspruche mit § 40 GBO. stehend nachgewiesen worden. Kretzschmar bezeichnet in seinem Vorwort zum Sachenrecht diese Entscheidung geradezu als einen Markstein für die weitere gedeihliche Entwickelung des neuen Grundbuchrechts, der es zu danken sei, daß das Grundbuch vor einer Flut von zwecklosen Eintragungen und damit vor Verwirrung bewahrt wird. Ob allerdings das Ergebnis allenthalben den Interessen der beteiligten Gläubiger entspricht, ist eine andere Frage, und der Ruf nach dem Gesetzgeber wird laut, wie dies z. B. von seiten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin in einer an den RT. gerichteten Eingabe (abgedruckt in ihrem Korrespondenzblatt 218) geschehen ist. — Zahlreiche und wichtige Entscheidungen sind zu den §§ 1115, 1154, 1179 ergangen. — Die bekannte Entsch. d. **RG. 60** 251 über die nicht valutierte Grundschuld und die Nichtanwendbarkeit des § 1163 auf sie — vgl. IDR. **4** Ziff. 7 zu § 1163 — hat lebhafte Meinungsäußerungen hervorgerufen, welche jetzt bei § 1192 zusammengestellt sind. — Die Begründung zu dem Entwurfe des RGes. v. 17. 3. 06, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes, ist abgedruckt in SeuffBl. **06** 233 und in der BayNotZ. **06** 1, seine Entstehungsgeschichte wird besprochen von Oberneck, DNotV. **06** 194, seine Bedeutung für das Reichsgrundbuchrecht und die Aufgabe der Landesgesetzgebungen von Porzig, ThürBl. **53** 241. Auf Grund des RGes. v. 17. 3. 06 ist nunmehr in Bayern das G. v. 15. 5. 06, die Überleitung von Hypotheken betr. (G.= u. VOBl. 190), ergangen, dessen Entwurf mitgeteilt und besprochen ist in der BayRpflZ. **06** 192, vgl. dazu auch JMinBek. v. 15. 5. 06 (JMBl. 74), während eine Erläuterung von Koch (mit einem Anhang: die Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren) erschienen ist. Dem BayG. wörtlich nachgebildet ist in Sachsen=Meiningen das G. v. 8. 12. 06 (Samml. 439). Ob sich auch für Baden ein entsprechendes AusfG. empfiehlt, erörtert Bachelin, BadNotZ. **06** 132.

§ 1113. 1. Wesen der Hypothek. *du Chesne, DNotV. **06** 520. Die Hypothek ist nicht ein privates Recht am ganzen Grundstücke, sondern das zur Sicherung der obligatorischen Forderung begründete Recht, gegebenenfalls den Erlös des Grundstücks ganz oder teilweise zu erhalten. Zur Herstellung dieses Erlöses ist kein Privatrecht am ganzen Grundstücke (Pfandbesitz), sondern nur ein prozessualer Anspruch gegeben (§§ 1113, 1147 BGB.).

2. Die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. **a**) SächsRpflA. **06** 132 (Dresden). Die Haftung aus der persönlichen Schuld und die des Grundstückseigentümers ist keine Gesamtschuld i. S. des § 421 BGB. **b**) R. **06** 685, OLG. **14** 97 (Cassel). Die auf Grund der Bewilligung des Erblassers auf dessen Grundeigentum zur Sicherung wegen des gesetzlichen Erbteils seines gesetzlichen Erben eingetragene Sicherungshypothek ist nichtig, da der Erbanspruch des gesetzlichen Erben keine Forderung ist, am wenigsten eine solche gegen den Erblasser. **c**) ElsLothJZ. **06** 487 (Colmar). Die Gültigkeit einer Sicherungshypothek wird durch die unrichtige Angabe des Schuldgrundes nicht berührt, da die Angabe des Schuldgrundes im Grundbuch überhaupt, wie sich aus §§ 1113, 1115 BGB.

ergibt, nicht zu den für den Erwerb der Hypothek wesentlichen Angaben gehört. Zulässig ist auch die Bestellung einer Sicherungshypothek für die Rückgriffsrechte des Wechselbürgen derart, daß die zunächst seitens des Grundstückseigentümers erworbene Eigentümergrundschuld mit der Bezahlung der Wechselsumme durch den Bürgen auf diesen als Sicherungshypothek übergeht. **d**) **RG.** PucheltsZ. **06** 129. Bei Eintragung einer Kredithypothek erwirbt der Gläubiger erst bei Zahlung der Valuta das Recht als Hypothek (**RG. 57** 211) und ist daher zu der für einen bestimmten Zeitpunkt versprochenen Zahlung nicht mehr verpflichtet, wenn bei Fälligkeit der Zahlung das Grundstück bereits zwangsweise versteigert ist. **e**) OLG. **12** 282, R. **06** 182, SeuffA. **61** 404, SchlHolstAnz. **06** 183 (KG.). Nicht unzulässig ist die Bestellung zweier Hypotheken für dieselbe Forderung auf demselben Grundstücke, wenn die zweite Hypothek einen besseren Rang hat als die bereits bestehende. Denn dadurch wird eine Anwartschaft auf vorzugsweise Befriedigung im ZwVerstVerfahren begründet und diese Anwartschaft bildet bereits einen gegenwärtigen Bestandteil des rechtlichen Inhalts der Hypothek. Aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Durch die Bestellung einer zweiten Hypothek tritt nur ein zweites Band zwischen der Forderung und dem Grundstücke hinzu. Wird die Forderung bezahlt, so lösen sich dadurch beide Bänder und beide Hypotheken fallen dem Bezahlenden (§ 1164) oder als Rang dem Eigentümer (§ 1163) zu. Überträgt der Gläubiger die Forderung, so gehen kraft Gesetzes beide Hypotheken auf den neuen Gläubiger über. Der HypBrief wird mit dem früheren zu einem einheitlichen Dokumente vereinigt (GBO. § 58). Dagegen Brachvogel, ZBlFG. **7** 381.

3. Abs. 2. Hypothek für eine bedingte Forderung. **a**) *Siber, IheringsJ. **50** 153 f. Der bedingten Forderung (vgl. § 765 Abs. 2) steht eine Forderung gleich, die zunächst keine Geldforderung ist, aber zu einer solchen werden kann, also nach §§ 280, 251 jede nicht von vornherein auf Geld gerichtete Forderung. Die Hypothek unterscheidet sich demnach hierin nicht vom Fahrnispfandrecht (§ 1228 aE.). ➳ Ein Unterschied besteht nur darin, daß der Betrag der Schadensersatzforderung bei der Hypothek wenigstens als Höchstbetrag bestimmt sein muß, während er beim Fahrnispfandrechte völlig unbestimmt sein kann. ⇠ **b**) RJA. 8 63, OLG. **14** 94 (KG.). Die Klausel, daß bei Nichtzahlung des Kapitals der Gläubiger seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke zu suchen habe, ist eintragungsfähig, da es sich um eine Hypothek für eine bedingte Forderung (bedingt dadurch, daß der Gläubiger aus dem Grundstücke seine Befriedigung ganz oder teilweise nicht zu erlangen vermag) handelt. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist zulässig.

§ 1114. 1. *Rieger, WürttZ. **06** 33. § 1114 besagt lediglich, daß der zu belastende Bruchteil den bruchteilmäßigen Grundstücksanteil des Verpfänders (§§ 1008 ff.) erschöpfen müsse. Ist daher eine Ehefrau zusammen mit ihrem Ehemanne je zur unabgeteilten Hälfte auf Grund landrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft eingetragen, so steht nichts im Wege, daß sie nach dem Tode ihres Mannes, obwohl sie die statutarische Nutznießung an den Erbteilen ihrer Kinder hat und die Auseinandersetzung des unbeweglichen Nachlasses auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen worden ist, ihre ideelle Hälfte am Nachlaßgrundstücke selbständig mit einer Hypothek insbes. wegen der bei der Auseinandersetzung des beweglichen Nachlasses für die Kinder ausgemittelten Gleichstellungsforderungen belastet. Dadurch, daß dem Verpfänder außer dem Bruchteil auch ein Gesamthandanteil am Grundstücke zusteht, wird die hypothekarische Belastung des Bruchteils nicht gehindert.

2. Über die Verpfändung von Anteilen an der Gesamthand vgl. v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 604 u. u. zu § 2032.

3. KGJ. **32** A 228 (KG.). Sind im Zusammenlegungsverfahren mehrere auf einem Grundbuchblatt eingetragene Parzellen auf Grund bestätigten Rezesses zusammengelegt, und ist dabei, weil die eine ursprüngliche Parzelle mit einer Hypothek besonders belastet war, im Wege der ideellen Subrepartition für jede ursprüngliche Parzelle ein ideeller Teil (Bruchteil) der Abfindungsparzelle ausgewiesen, so daß die Hypothek auf einem Bruchteile der neuen Parzelle nunmehr eingetragen steht, so ist es nicht zulässig, dieselbe Hypothek auch noch auf die anderen Bruchteile der neuen Parzelle einzutragen, sofern diese schon anderweit belastet sind.

§ 1115. I. Bezeichnung des Gläubigers. 1. Josef, JW. **06** 626 f. Beantragt der Eigentümer die Eintragung einer Hypothek für einen Gläubiger, der nicht eine physische Person ist, und läßt die gewählte Bezeichnung Zweifel an der Rechtsfähigkeit des Gläubigers, so kann das Grundbuchamt den Nachweis dieser verlangen. Kommen hierbei öffentlich-rechtliche Umstände, wie Verleihung durch die Staatsbehörde oder die Verfassung der juristischen Person in Betracht, und ist auch die Verleihungsurkunde nicht zu ermitteln, so ist nicht der Notar zuständig, die erfolgte Verleihung, das Bestehen der juristischen Person und ihre Verfassung zu bescheinigen, sondern lediglich die Verwaltungsbehörde, da jene Bescheinigung sich als ein Ausfluß des staatlichen Aufsichtsrechts darstellt.

2. **RG. 61** 355. Die Eintragung einer Hypothek für die jetzige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person ist nach jetzigem Rechte zweifellos gültig. (Vgl. BGB. §§ 1913 Satz 2, 2101, 2162 Abs. 2, 2178.)

II. Zweigniederlassung. Vgl. JDR. **4** Ziff. 4 zu § 1117 (dort irrtümlich statt bei § 1115 abgedruckt). 1. Das KG., RJA. **7** 148, KGJ. **32** A 199 (Beschl. v. 15. 3. 06), schließt sich wegen der Frage, ob die Eintragung einer von einer Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft unter ihrer Firma erworbenen Hypothek auf die von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma der Zweigniederlassung zulässig sei — vgl. OLG. **2** 198, RJA. **4** 47, KGJ. **28** A 81 — der Ansicht des **RG.** — RJA. **6** 223, vgl. JDR. **4** Ziff. 4c zu § 1117, auch abgedruckt **RG. 62** 17 u. BayObLG. **6** 523 — an.

2. Nagelschmidt, DJZ. **06** 817, hält es für zulässig, wenn bei einer Eintragung für eine Aktiengesellschaft neben der Angabe der Hauptfirma ein Hinweis auf die Zweigniederlassung eingetragen wird.

III. Sparkassen. **a**) BayObLG. **7** 250. Ein in Bayern von mehreren Gemeinden z. Zt. der Geltung der Normativentschl. v. 30. 1. 43 gegründete Sparkasse ist eine gemeinschaftliche Einrichtung der Gemeinden, die sie gegründet haben, und nicht eine selbständige Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Eine solche kann daher nicht als HypGläubigerin eingetragen werden. **b**) ZBlFG. **6** 775 (Dresden). Die sächs. Gemeindesparkassen sind nicht besondere neben der Gemeinde bestehende juristische Personen, sondern Gemeindeeinrichtungen, die nur unter besonderer Firma betrieben zu werden pflegen; eine auf den Namen der Sparkasse eingetragene Hypothek wird sonach ausreichend als Gemeindevermögen ausgewiesen. **c**) Vgl. auch Ziff. C 3 zu § 29 GBO.

IV. Zinssatz. 1. Hoyer, RheinARV. **24** 141. Unter Zinssatz ist nur ein bestimmter, zahlenmäßig bezeichneter Betrag (entweder fester Betrag oder Höchstbetrag) zu verstehen, wie solcher üblicherweise in Prozenten ausgedrückt wird. Diesem Erfordernisse wird durch die Klausel: „ein Prozent über den jeweiligen Reichsbanksatz, mindestens aber fünf Prozent" nicht Genüge geleistet. Im Gegensatze hierzu nimmt eine von dem Verf. mitgeteilte landgerichtliche Entscheidung an, es genüge, wenn Zinssatz und Nebenforderung so bestimmt angegeben seien, daß ihr Betrag für eine verflossene Zeit mit Bestimmtheit festgestellt oder nachgeprüft werden könne.

2. **a)** **RG. 62** 375, 379, JW. **06** 165. Die Angabe des Anfangspunkts der Verzinsung und der Zinstermine ist nicht wesentliche Voraussetzung der Eintragung einer Hypothek. **b)** OLG. **14** 95 (KG.). Der Anfangszeitpunkt der Verzinsung kann zwar durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden (KGJ. **24** A 127), doch muß in der Eintragungsbewilligung ein bestimmter Zeitpunkt, von dem ab die Verzinsung beginnen soll, angegeben sein, da sich nur dann der Anfang der Zinsbelastung ermessen läßt. **c)** KGJ. **32** A 307, RJA. **7** 135 (Oldenburg). Unzulässig ist die Eintragung des Zinssatzes einer Hypothek in der Weise, daß als Zinssatz der jeweilige Bankdiskont angegeben wird, da die Bezugnahme auf eine außerhalb des Grundbuchs liegende Quelle zur Bestimmung des Zinssatzes um so weniger für zulässig erachtet werden kann, als der § 1115 zur Bezeichnung des Zinssatzes nicht einmal die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gestattet. Nicht damit im Widerspruche RJA. **4** 237 (KG.).

V. Nebenleistungen. **a)** KGJ. **32** A 247, RJA. **7** 154, OLG. **14** 96, PosMschr. **06** 106 (KG.). Vertragsstrafen, welche die Erfüllung einer vom Eigentümer im Interesse der Sicherung der Hypothek übernommenen persönlichen Verpflichtung bezwecken (z. B. in Ansehung der Versicherung der auf dem verpfändeten Grundstücke stehenden Gebäude und für den Fall eines Eigentumswechsels), sind keine Nebenleistungen der Hypothek, da sie vor ihrem Verfalle nicht von der Hypothek als Hauptforderung abhängig sind, nach ihrem Verfall aber Forderungen mit völlig selbständiger Existenz sind, vielmehr steht ihrer Sicherstellung nur der Weg einer besonderen Höchstbetragshypothek offen. Und zwar bedarf es dann der Angabe eines bestimmten Höchstbetrags, dazu ist aber nicht bloß erforderlich, daß feststeht, ob der Anspruch zur Entstehung gelangen wird, sondern auch, für welche bzw. wieviele Handlungen oder Unterlassungen die Strafe zu zahlen ist. **b)** KGJ. **32** A 252, OLG. **12** 284 (KG.). Vertragsstrafen für Verzögerungen von Annuitätenzahlungen oder der Kapitalzurückzahlung sind, auch wenn sie in Prozenten des Hypothekenkapitals festgesetzt sind, nicht Zinsen der Hypothek, sondern andere Nebenleistungen im Sinne des § 1115 Abs. 2, die, wenn sie in den Satzungen der die Hypothek innehabenden Kreditanstalt normiert sind, durch Bezugnahme auf die Satzung zur Eintragung gebracht werden können. **c)** Rhein. NotZ. **06** 151 (KG.). Nebenleistungen, z. B. eine Entschädigung für den Fall verfrühter Rückzahlung des Hypothekenkapitals oder nicht unter § 1118 fallende Verzugszinsen, Kosten und Auslagen, welche insgesamt zu einem Höchstbetrage veranschlagt sind, können in den Eintragungsvermerk mitaufgenommen werden, vorausgesetzt, daß der Geldbetrag der Nebenleistungen im Eintragungsvermerk angegeben werden kann. **d)** ElsLothJZ. **06** 313 (LG. Straßburg). Die Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der ZwVollstr. gegen den Schuldner lediglich für die aufgelaufenen rückständigen Zinsen aus der Hauptsumme in bestimmter Höhe auf Grund einer notariell errichteten Urkunde, in welcher sich der Schuldner der sofortigen ZwVollstr. unterworfen hat, ist abzuweisen, da in dem vollstreckbaren Titel die Zinsen lediglich als Nebenforderungen aufgeführt sind und als solche den besonderen Vorschriften, die für Nebenforderungen bestehen, unterliegen. Eine Umwandlung der rückständigen Zinsen in Hauptforderungen (Kapitalisierung) kann nur unter Mitwirkung des Schuldners erfolgen, welche durch ein gegen den Schuldner gerichtetes Urteil auf eine Klage ersetzt wird, in welcher die Zinsen als Kapitalforderung eingefordert waren (OLG. 6 407). Vgl. auch zu § 1119 BGB.

VI. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. KGJ. **32** A 252 (KG.). Das GBA. ist an die Fassung des Eintragungsvermerkes, die von den Beteiligten hinsichtlich der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung beantragt ist, bei der Eintragung der Hypothek nicht gebunden. Vielmehr hat es die=

jenigen die Hypothekenforderung bestimmenden Momente, welche nach seiner Ansicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen werden müssen, bezüglich der übrigen Momente aber nach seinem Ermessen zu bestimmen, ob sie ebenfalls in den Eintragungsvermerk aufzunehmen oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung oder auf die Satzung der beteiligten Kreditanstalt zur Eintragung zu bringen sind.

§ 1117. 1. SächsRpflA. **06** 249 (Dresden). Derjenige, welchem eine Briefhypothek bestellt worden ist, ist zur Erhebung der Pfandklage gegen den Grundstückseigentümer so lange nicht befugt, als er nicht die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlichenfalls im Wege der Klage und ZwVollstr. (vgl. ZPO. §§ 897 Abs. 2, 898) erwirkt hat.

2. **a**) OLG. **14** 101, PosMschr. **06** 81 (Königsberg). Die im § 1117 Abs. 2 erwähnte Vereinbarung kann nur zwischen dem Grundstückseigentümer und dem HypGläubiger getroffen werden, deshalb wird durch eine zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Grundstückserwerber getroffene Vereinbarung die Übergabe des HypBriefs nicht ersetzt, die §§ 328 ff. (über Verträge zugunsten Dritter) finden auf dingliche Verträge, wie einen solchen die die Übergabe ersetzende Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 darstellt, keine Anwendung. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem neuen Eigentümer eine vertragliche Bindung herbeigeführt wird, kraft deren der Gläubiger das Recht auf Aushändigung des Briefes vom GBA. erworben hat, so daß eine Zurücknahme des von dem neuen Eigentümer gestellten Antrags dem Gläubiger gegenüber wirkungslos ist. Dies gilt aber nur für das Verhältnis der Parteien, dagegen ist für das GBA. § 60 Abs. 2 GBO. maßgebend. **b**) KGJ. **32** A 239. Die im § 1117 Abs. 2 vorgesehene Vereinbarung ist ein Vertrag, auf den der § 151 BGB. Anwendung findet, die Annahme braucht also dem anderen Teile gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Dies ist der Fall, wenn der bisherige HypGläubiger bei Abtretung einer Hypothek deren Umschreibung und die Aushändigung des Hyp.-Briefs an den Zessionar bewilligt und dieser unter Annahme der Abtretungserklärung im Vereine mit dem Grundstückseigentümer beantragt, ihm das Dokument zugehen zu lassen. Deshalb kann gleichzeitig mit der Eintragung der Abtretung auch die Eintragung der Änderung von Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen auf Antrag des Grundstückseigentümers erfolgen, wenn der Zessionar bei Stellung des Umschreibungsantrags die Eintragung der Änderungen bewilligt. Wenn in KGJ. **25** A 153 — JDR. **2** Ziff. 3b zu § 1117 — in dem Antrag auf Zustellung des HypBriefs an den Gläubiger nur das an das GBA. gerichtete Ersuchen um Übergabe (§ 60 Abs. 2 GBO.) und nicht auch ein an den Gläubiger gerichteter Vertragsantrag im Sinne des § 151 BGB. gefunden wurde, so lag dies daran, daß gleichzeitig erklärt worden war, der Gläubiger solle berechtigt sein, sich den HypBrief vom GBA. aushändigen zu lassen.

§ 1118. 1. **a**) Fuchs, SeuffBl. **06** 398, erörtert die Frage, wie es wegen Tragung und Erstattung der Prozeßkosten zu halten ist, wenn gegen den lediglich dinglich haftenden Eigentümer des belasteten Grundstücks die hypothekarische Klage erhoben ist und der Beklagte im Prozesse den hypothekarischen Anspruch sofort anerkennt (§ 93 ZPO.), und entscheidet dahin, daß dem Kläger die Kosten aufzuerlegen sind, aber mit der in der Entscheidung zum Ausdrucke zu bringenden Beschränkung, daß der Kläger deren Ersatz aus dem verpfändeten Grundstücke verlangen kann. Ebenso Reichel, BuschsZ. **36** 171. **b**) ElsLothJZ. **06** 14 (Colmar). Kraft der Hypothek haftet das Grundstück für die Kosten des Prozesses, in welchem der persönliche Anspruch gegen den Schuldner geltend gemacht worden ist, nur dann, wenn sie in der Eintragung angegeben, nicht schon dann, wenn

sie erst nach der Eintragung der Hauptforderung gerichtlich festgesetzt worden sind. c) *Reichel, BuschsZ. 36 170. Nur für zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßregeln haftet das Grundstück kraft der Hypothek; nicht z. B. für die Kosten einer Klage gegen den Eigentümer, die zurückgezogen werden muß, weil er vor Klagerhebung in Konkurs verfallen war.

2. WürttJ. 18 270 (Stuttgart). Der § 1118 begründet nicht einen persönlichen Anspruch auf Erstattung von Kündigungskosten, sondern sichert nur einen solchen, doch wird regelmäßig eine stillschweigende Vereinbarung dahin anzunehmen sein, daß die Befriedigung auch wegen der notwendigen Kosten der nach § 1141 erforderlichen Kündigung erfolgen soll, in dieser Weise also die Forderung sich erweitert.

3. OLG. 12 292 (Dresden). Weitere Kosten, als die im § 1118 bezeichneten, können gemäß § 1115 Abs. 1 als Nebenleistungen unter Angabe eines bestimmten Geldbetrags oder gemäß § 1190 als Höchstbetragshypothek eingetragen werden (SeuffA. 56 Nr. 152). Die Absicht der Beteiligten wird jedoch selten auf Bestellung einer selbständigen Höchstbetragshypothek wegen der Kosten gerichtet sein, daher ist im Zweifel anzunehmen, daß die Eintragung einer Kostensicherungshypothek keine weitergehende Belastung des Grundstücks herbeiführen soll, als dies bei der früheren sächsischen Kostenkautionshypothek üblich gewesen ist, daß also nur eine Sicherung der Kosten als Nebenleistung der unter derselben Nummer eingetragenen Haupthypothek beabsichtigt ist und daher eine Eigentümergrundschuld nicht entstehen kann. Vgl. dazu Dennler, BayNotZ. 06 127.

§ 1119. RJA. 7 258, RheinNotZ. 06 151 (KG.). Zulässig ist die Erweiterung einer Hypothek durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen, auch wenn diese nicht in Zinsen bestehen, und zwar ist es, wenn nicht geboten, so doch jedenfalls zulässig, die Nebenleistungen der Hypothek in Spalte Veränderungen einzutragen. Gehen die Nebenleistungen, weil die nacheingetragenen HypGläubiger ihre Zustimmung zu der Eintragung nicht gegeben haben, den folgenden Hypotheken im Range nach, so ist dieses Rangverhältnis bei der in Sp. Veränd. zu bewirkenden Eintragung der Nebenleistung und bei den folgenden Hypotheken miteinzutragen. Der „Geldbetrag" der Nebenleistung ist im Eintragungsvermerke genügend kenntlich gemacht, wenn die Eintragung den möglichen Höchstbetrag der Haftung erkennen läßt, insbes., wenn der Höchstbetrag in Prozenten des Kapitals angegeben ist.

§ 1120. 1. BadRpr. 06 223 (LG. Karlsruhe). Als in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt kann das Zubehör dann noch nicht angesehen werden, wenn es dem Gesellschaftsvermögen einer o. HG. zugehört, an dem der Grundstückseigentümer als Gesellschafter berechtigt ist.

2. RG. 63 371, JW. 06 556, RheinA. 103 II 266, PucheltsZ. 06 529. Die gesetzliche Begrenzung der Haftung des Zubehörs kann durch Privatvereinbarung nicht geändert werden. Für fremde Sachen, auch wenn sie Zubehör sind, hat das Gesetz die Verhaftung für die Hypothek ausgeschlossen (§§ 926, 1120).

3. Altmann, BayRpflZ. 06 395 ff. Fremdes Zubehör haftet auch dem gutgläubigen Hypothekengläubiger nicht.

§ 1121. *Samter, R. 06 214 ff. Im Schiffsregister eingetragene, mit Pfandrechten belastete Schiffe dienen als Zubehör (vgl. o. § 97 Ziff. I 3), sofern diese Eigenschaft zur Zeit der Beschlagnahme der Hauptsache noch besteht, den an dieser haftenden Hypotheken in erster Linie als Befriedigungsobjekte; die Hypotheken überwinden die Schiffspfandrechte.

§§ 1123, 1124. 1. a) Reiche-Große, DJZ. 06 960, erhebt gegen die Entsch. des KG., OLG. 4 328, SeuffA. 57 Nr. 192 — JDR. 1 Ziff. 2 zu § 1124 —, wonach bei einer durch den HypGläubiger ausgebrachten ZwVerw. der

ihm im Range nachstehende Nießbraucher zwar die ZwVerw. dulden müsse, aber unter Berufung auf § 1124 die Mietzinsen für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr beanspruchen könne, Bedenken. Selbst wenn anzunehmen sei, daß die Nießbrauchsbestellung eine Verfügung über die Mietzinsforderung enthalte, daß insbes. eine gesetzliche Zession oder eine Sukzession des Nießbrauchers in die Forderung des Vermieters stattfinde, handle es sich doch an erster Stelle um eine Verfügung über das Grundstück und die Verfügung über den Mietzins könne daher als inhärenter Teil der Nießbrauchsbestellung keine weitergehenden Wirkungen haben, als die Nießbrauchsbestellung selbst. Insoweit der Nießbrauch im ganzen zurückzutreten habe, müsse dies von ihm auch in seiner Eigenschaft als Verfügung über die Mietzinsforderung gelten. Nach der Ansicht des KG. könnte ein dem betreibenden Gläubiger im Range nachstehender HypGläubiger, dessen Recht durch den Zuschlag vollständig erloschen wäre, gleichwohl die Mietzinsen auf die im § 573 Satz 1 BGB. bestimmte Zeit noch fordern (§ 57 ZVG.), und zwar nicht nur dann, wenn sein Recht ungedeckt geblieben, sondern sogar, wenn es aus dem Versteigerungserlöse voll gedeckt worden wäre (§ 52 ZVG.). **b)** Das KG. verwirft jetzt selbst (OLG. **14** 129) die Ansicht OLG. **4** 328 (o. zu a), daß die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück als Verfügung über die Mietzinsen i. S. des § 1124 aufzufassen sei, denn darin sei nicht eine Verfügung über die Mietforderung, sondern eine solche über das Grundstück selbst zu finden und der Nießbraucher erwerbe nicht die Mietforderung des Nießbrauchbestellers, vielmehr entstehe ein neuer selbständiger Anspruch mit dem Inhalte des bisherigen Mietvertrags unmittelbar in der Person des Nießbrauchers. Vgl. Neumann Anm. 3, Kretzschmar, SR. Anm. 4 zu § 1124, DJZ. **06** 960. AM. Planck, Biermann, Staudinger.

2. Aus der Praxis. **a)** SächsRpflA. **06** 442 (Dresden). Der rechtsgeschäftlichen Verfügung i. S. des § 573 BGB., die der Erwerber gegen sich gelten lassen muß, steht die Mietzinspfändung gleich (vgl. o. § 573 Ziff. 1), mag der Übergang des Eigentums im Wege der freiwilligen Veräußerung oder der ZwVerst. erfolgen. Eine Ausnahme besteht nicht für den Fall, daß es sich um ein im Zustande der Zwangsverwaltung versteigertes Grundstück handelt, insbes. können die §§ 1123, 1124 BGB. nicht dahin ausgelegt werden, daß vom Beginne des zweiten auf die Anordnung der Zwangsverwaltung folgenden Kalendervierteljahrs ab die Rechte auf die Mietzinsen in dem gleichen Umfang auf den Ersteher übergehen sollen, als sie dem HypGläubiger zugestanden hätten. **b)** SchlHolstAnz. **06** 70 (Kiel). Hat (mangels Beschlagnahme) der HypGläubiger Rechte auf die Mieten außerhalb des Konkursverfahrens nicht erworben, so ändert sich durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlaß des Schuldners die Rechtslage des Gläubigers nicht. **c)** BreslauAK. **06** 29 (Breslau). Ist über Mietforderungen vor der Beschlagnahme verfügt, so ist deren Haftung für die Hypotheken endgültig erloschen und tritt nicht dadurch wieder in Kraft, daß der Pfandgläubiger nachträglich auf sie verzichtet oder sie an den Grundstückseigentümer abtritt, ebensowenig wie dies bei veräußerten Früchten der Fall ist, wenn sie der Pfandschuldner vom Käufer zurückerwirbt.

§ 1128. 1. RG. JW. **06** 557, ZVersWes. **06** 445, DJZ. **06** 1149. Sind Maschinen Bestandteil eines Grundstücks, so ist eine unter Außerachtlassung des § 1128 an den Grundstückseigentümer (oder zu dessen Konkursmasse) geleistete Zahlung dem HypGläubiger gegenüber unwirksam. Dem KonkVerw. gegenüber hat der HypGläubiger dadurch keinen Anspruch erlangt, insbes. nicht aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung, da der Zahlungsempfang des Konk.-Verw. von keinem Einfluß auf den Fortbestand der Forderung des HypGläubigers gegen die Versicherungsgesellschaft ist (BGB. § 816). Waren die Maschinen

Zubehör des Grundstücks, so durfte der KonkVerw. kraft seines Verwaltungsrechts (KO. § 117) die Versicherungssumme so lange einziehen, als nicht deren Beschlagnahme durch den HypGläubiger erfolgt war (BGB. § 1129).

2. ElsLothJZ. **06** 8 (Colmar). Der HypGläubiger kann die Abschätzung eines Immobiliarbrandschadens, auch wenn sie von dem versicherten Grundstückseigentümer anerkannt worden ist, bei offenbarer Unbilligkeit der Schätzung anfechten (§ 1276 Abs. 2).

3. OLG. **14** 110 (Breslau). Auch wenn in der im § 1128 Abs. 1 vorgesehenen Frist kein Widerspruch erhoben ist, wird dadurch die hypothekarische Haftung der Versicherungsforderung noch nicht zum Erlöschen gebracht; erst mit der Zahlung an den Versicherten oder dessen Rechtsnachfolger tritt das Erlöschen der Pfandhaftung ein. Verfügungen über die Versicherungsforderung (z. B. deren Abtretung) sind auch bis dahin nur unbeschadet des Pfandrechts des HypGläubigers wirksam. Einer besonderen Beschlagnahme der Versicherungsforderung zugunsten des HypGläubigers bedarf es auch in diesem Falle nicht (JheringsJ. **40** 429, Staudinger, Biermann, Fuchs, Oberneck, etwas abweichend Planck zu § 1128). Bei der ZwVerst. des Grundstücks geht mit dem Zuschlag auch der Anspruch auf die Versicherungsforderung auf den Ersteher über; die vor der Anordnung der ZwVerst. erfolgte Abtretung der Versicherungsforderung ist demgegenüber bedeutungslos.

§ 1132. **RG.** DJZ. **06** 761, JW. **06** 309. Zur Wirksamkeit der Übertragung (oder Pfändung) einer Buchhypothek, die auf mehreren Grundstücken haftet, bedarf es der Eintragung auf alle Grundbuchblätter.

§ 1133. R. **06** 1080 (Colmar). Sofortige Befriedigung kann der Gläubiger nur verlangen, wenn er sich auf eine dahin gehende Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige ZwVollst. (ZPO. §§ 794, 800) stützen kann.

§ 1134. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 163, 179. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Sie setzt voraus, daß eine rechtswidrige Einwirkung auf das Grundstück erfolgt ist, es genügt nicht —, wie Dernburg, Planck, Turnau-Förster und viele andere meinen — daß der Eigentümer das Holz seines Waldes oder das Inventar seines Gutes verkauft hat. Die Klage setzt ferner voraus, daß eine weitere rechtswidrige Einwirkung zu befürchten ist.

2. Josef, R. **06** 553. Dem HypGläubiger stehen die Schutzmittel des § 1134 zu Gebote, wenn der Eigentümer sein Grundstück zu „heben", d. h. mittels eines besonderen Verfahrens die Gebäude vom Erdboden zu trennen und unter das bis dahin erste Stockwerk ein neues Stockwerk zu bauen beabsichtigt.

3. Aus der Praxis. **a**) OLG. **12** 285, **14** 112, HansGZ. **06** Beibl. 118 (Hamburg). Nicht jede Verschlechterung des Grundstücks muß notwendig die Sicherheit jeder darauf ruhenden Hypothek gefährden, es kommt vielmehr wesentlich auf das Verhältnis des Grundstückswerts zu dem Betrage der Forderung und dem ihr im Falle der ZwVerst. zukommenden Range an. **b**) SächsOLG. **27** 514. Auf Grund des § 1134 kann ein HypGläubiger der Wegschaffung einer Badeeinrichtung widersprechen, wenn diese wesentlicher Bestandteil des mit ihr ausgestatteten Hausgrundstücks ist und der Lieferant auf Grund Eigentumsvorbehalts den Grundstückseigentümer auf deren Herausgabe verklagt. **c**) OLG. **12** 133 (KG.). In dem Abbruch eines Gebäudes kann eine schädigende Einwirkung im Sinne des Abs. 2 an sich gefunden werden; wenn aber der Abbruch bereits vollendet ist, ist eine weitere Gefährdung nicht mehr zu besorgen, vielmehr kann nur noch die Anwendung des § 1133 in Frage kommen.

§ 1137. SchlHolstAnz. **06** 330 (Kiel). Aus den Vorschriften über die Rechtskraft eines Urteils (ZPO. §§ 325—327) ist nicht zu folgern, daß die

Rechtskraft des gegen den persönlichen Schuldner ergangenen Urteils auch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber das Bestehen der Forderung feststelle.

§ 1138. 1. RG. BayRpflZ. **06** 80. Der gute Glaube dessen, dem eine Hypothek zuerst verpfändet, später abgetreten wurde, ist nach der Zeit der Verpfändung zu bemessen. Hatte der die Hypothek übertragende Gläubiger für diese Wechsel erhalten, so genügt es nicht zur Schlechtgläubigkeit des Zessionars, daß dieser die bloße Wechselhingabe kannte, sondern er muß auch gewußt haben, daß der HypSchuldner selbst die Wechsel eingelöst hatte.

2. RG. JW. **06** 18. Wenn der Schuldner und Grundstückseigentümer aus der unrichtigen Angabe bes Schuldverhältnisses im Grundbuch ein Recht für sich herleitet, so hat er zu beweisen, welchen Inhalt das wirkliche Schuldverhältnis gehabt hat. Vgl. RG. **57** 320.

3. BadRpr. **05** 329, R. **06** 803 (Karlsruhe). § 1138 findet auf die Höchstbetragshypothek (§ 1190) keine Anwendung.

§ 1142. Abs. 2. PosMschr. **06** 8 (Königsberg). Die Bestimmung des § 1142 Abs. 2 ist eine Ausnahmebestimmung. Nur dem — dinglich verhafteten — Eigentümer ist das Recht der Aufrechnung gegen die Hypothek (Grundschuld) besonders gegeben, umgekehrt steht es keineswegs dem Gläubiger gegen den nur dinglich verhafteten Eigentümer zu. Der Gläubiger kann mit seiner Grundschuld gegen eine Geldforderung des Grundstückseigentümers nur aufrechnen, wenn die Aufrechnung vereinbart ist. In diesem Falle wird die Aufrechnung durch die Aufrechnungserklärung bewirkt (BGB. § 388), im übrigen ist der Gläubiger nur verpflichtet, dem anderen Teile auf Verlangen den Grundschuldbrief vorzulegen, da in der Aufrechnung mit einer Grundschuld eine Geltendmachung der Grundschuld im Sinne des § 1160 zu finden ist.

§ 1143. 1. *Horn, Die Eigentümerhypothek (Breslau 1906). Die Hypothek des Eigentümers (§ 1143) und die Eigentümerhypothek (§ 1163) sind eine unvollkommene Hypothek, bzw. eine nicht vollwirksame Grundschuld, welche den dem Eigentümer nachfolgenden Realberechtigten gegenüber die defensiven, negativen, aber nicht die positiven, aktuellen Befugnisse eines besseren vorangehenden Pfandrechtes gewähren.

2. *Siber, JheringsJ. **50** 158, wirft die Frage auf, ob der § 1143 Abs. 1 (ebenso § 1225) einer einschränkenden Auslegung bedarf, wonach der Forderungsübergang ein Rückgriffsrecht des Eigentümers voraussetzt.

3. RheinA. **103** I 19 (Cöln). Zahlt der nicht persönlich haftende Eigentümer eine HypForderung, so geht auf ihn die dem HypGläubiger gegen den persönlichen Schuldner zustehende Forderung über. Der HypGläubiger muß auf Verlangen dem Eigentümer eine urkundliche Bescheinigung über diesen Übergang ausstellen (BGB. §§ 412, 403). Ist in einem solchen Falle die HypForderung aus Wechselverbindlichkeiten entstanden, so hat der zahlende Eigentümer keinen Anspruch darauf, daß ihm der HypGläubiger auch seine Rechte gegen andere Wechselverpflichtete übertrage.

§ 1146. *Siber, JheringsJ. **50** 138 f. § 1146 beweist das Vorliegen einer Realobligation.

§ 1147. 1. *du Chesne, ZBlFG. **7** 501 ff., R. **06** 42. Die Liquidation des Grundrechts (Befriedigung aus dem Grundstücke), insbes. die hierzu etwa erforderliche Klage sind rein prozessualer Natur und liegen außerhalb des dinglichen Grundrechts.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 39, 40. Sämtliche auf Duldung der Pfandverwertung im Vollstreckungswege lautenden Urteile sind Feststellungsurteile.

3. *Siber, JheringsJ. **50** 142, 158. Grundlage der Vollstreckung ist nur die Realobligation, weshalb Antrag und Urteilsformel auf „Leistung aus dem Grundstück" lauten müssen; urteilsmäßige Feststellung des Verwertungsrechts führt nicht zur Vollstreckung. — Die Vollstreckung führt zur Zwangserfüllung der Realobligation, aber bei Verschiedenheit des Eigentümers vom persönlichen Schuldner (Realbürgschaft) nicht zur Erfüllung der persönlichen Schuld; sie hat vielmehr hier gleiche Wirkung, wie die Leistung des Bürgen (§ 765 Abs. 1).

4. SächsOLG. **27** 559. Allerdings stehen dem HypGläubiger zu seiner Befriedigung außer dem Pfandgrundstücke selbst auch die Gegenstände (einschl. der mit dem Pfandgrundstück in Zusammenhang stehenden Rechte) zur Verfügung, auf die sich nach §§ 1120—1130 BGB. die Hypothek erstreckt, und an sich kann daher der Gläubiger wegen seiner Ansprüche aus der Hypothek, selbst wenn der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, diese Gegenstände mit Ausnahme des der Pfändung überhaupt nicht unterworfenen Zubehörs pfänden lassen, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der ZwVollst. in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist (ZPO. § 865). Diese Befugnis des HypGläubigers kommt indessen mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners in Wegfall, weil nach § 4 KO. eine abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, die zur Konkursmasse gehören, nur in den vom Gesetze zugelassenen Fällen stattfindet und dem HypGläubiger daher zu seiner Befriedigung ausschließlich der Weg der Immobiliarzwangsvollstreckung zur Verfügung steht (KO. § 47).

§ 1151. *Brachvogel, ZBlFG. **7** 375. Der Berechtigte einer Hypothek kann ohne Zustimmung des Eigentümers die Rangordnung der einzelnen Teile bei der Teilung ändern. Dies ist eine Ausnahme von der Regel des § 880. Sind durch Teilabtretung (und Eintragung oder Briefübergabe) mehrere Hypotheken bereits entstanden, so besteht eine solche Möglichkeit nicht mehr. AM. Fuchs und Planck zu § 1151, auch Predari 344.

§ 1154. 1. Erteilung der Abtretungserklärung. **a)** **RG.** JW. **06** 558, GruchotsBeitr. **51** 181. J. S. des § 1154 kann die schriftliche Abtretungserklärung auch dann oder schon dann als „erteilt" gelten, wenn der Zedent sich ihrer dem Zessionar gegenüber in solcher Weise entäußert hat, daß er ihm die Verfügung darüber einräumt. Dieser Anforderung ist entsprochen, wenn der Zedent in Gegenwart des Zessionars die von ihm unterschriebene und vom Notar beglaubigte Abtretungserklärung letzterem mit dem Auftrag übergibt, die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Zessionars im Grundbuche zu bewirken. Wollte man erst mit der Aushändigung der Abtretungsurkunde seitens des Grundbuchrichters an den Zessionar die Abtretungserklärung als erteilt ansehen, so würde man weder dem Sinne des § 1154 noch den Bedürfnissen der Praxis und den Absichten der Parteien gerecht werden. **b)** KGJ. **31** A 315. Die Abtretungserklärung wird durch den Zuschlag ersetzt, wenn die Verwertung einer verpfändeten Forderung im Wege der ZwVollstr. auf richterliche Anordnung durch öffentliche Versteigerung erfolgt (§ 1277). Hierdurch erwirbt der Ersteher bei gleichzeitiger Aushändigung des HypBriefs die Forderung und damit die Hypothek und kann die Umschreibung im Wege der Grundbuchberichtigung herbeiführen. Dies gilt auch, wenn der Pfandgläubiger außerhalb der ZwVollstr. auf Grund einer Parteivereinbarung (§ 1284) die verpfändete Forderung öffentlich versteigern läßt, doch bedarf es hier zur Umschreibung der Hypothek auf den Ersteher des Nachweises der Voraussetzungen der Versteigerung (Fälligkeit, bei Verpfändung für laufenden Kredit Bestehen der Forderung usw.).

2. Übergabe des Hypothekenbriefs. **a)** KGJ. 32 A 287, RJA. 7 138 (KG.). Allerdings ist nach materiellem Grundbuchrecht zur Übertragung einer Briefhypothek außer der Erteilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form noch die Übergabe des Briefes seitens des bisherigen Gläubigers an den Erwerber erforderlich. Aber nach formellem Grundbuchrecht ist der Erwerber zur Verfügung über die Hypothek vor dem GBA. legitimiert, wenn die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form abgegeben ist und der Erwerber sich im Besitze des HypBriefs befindet (§ 40 Abs. 2 GBO., § 1155 BGB.). Es genügt daher zum Nachweise der Legitimation des Erwerbers die Vorlegung der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung und des HypBriefs, ohne daß der Erwerber nachzuweisen braucht, daß und auf welche Weise er von dem eingetragenen Gläubiger den Besitz des Briefes erlangt hat, (Güthe Anm. 22, 30 zu § 40 GBO.). Wird daher eine Urkunde dem GBA. mit der Angabe vorgelegt, die Einreichung erfolge namens des Erwerbers, so braucht die Tatsache der Übergabe nicht durch öffentliche Urkunden (§ 29 Abs. 2 GBO.) nachgewiesen zu werden, das GBA. hat vielmehr nach der Sachlage zu prüfen, ob Bedenken gegen die Richtigkeit der Angabe vorliegen. Solche werden regelmäßig nicht bestehen, wenn ein Notar den HypBrief überreicht. Vgl. auch Ziff. A 3 zu § 29 GBO. **b)** R. 06 52 (Celle) (bestätigt von **RG.** JW. 07 12). Bei der Teilabtretung einer Briefhypothek oder Brief- (auch Eigentümer-)Grundschuld bildet die Vereinbarung, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem GBA. aushändigen zu lassen, jedenfalls nur dann einen Ersatz für die Übergabe des Briefes, wenn der Brief dem GBA. eingereicht und der Antrag auf Ausstellung des Teilbriefs gestellt ist. — Durch eine nicht in den Formen des § 1154 erfolgte Abtretung einer Eigentümergrundschuld wird auch der Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös einer später eingeleiteten Zw. Verst. des belasteten Grundstücks nicht übertragen. **c)** R. 06 444 (Breslau). Der bisherige Gläubiger ist nach Zusendung der schriftlichen Abtretungserklärung an den neuen Gläubiger nicht mehr berechtigt, diesem den HypBrief, weil ihm Ansprüche an den Schuldner zustünden, entgegen dem § 402 BGB. vorzuenthalten. Die allgemeinen Vorschriften für den Übertragsvertrag binden mangels eines Vorbehalts beide Teile. **d)** **RG.** 63 214, JW. 06 387, DJZ. 06 822. Der Übergabe des HypBriefs steht nicht die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe des HypBriefs gleich, denn durch die Überweisung zur Einziehung wird nicht der mittelbare Besitz übertragen (BGB. § 870).

3. **RG.** 63 230, JW. 06 388, R. 06 686. Eine Hypothek (oder Grundschuld) kann nicht, wie nach früherem preuß. und mecklenb. Rechte, in blanco abgetreten werden; auch die nachträgliche Ausfüllung der Blankoabtretungserklärung, wenn sie nicht das richtige Datum der Ergänzung angibt, ist unwirksam.

4. OLG. 12 130, ZBlFG. 6 777 (KG.). Die Abtretung des Zinsgenusses an einer HypForderung zu Eigentum, d. i. abgelöst von der Forderung, ist unwirksam, möglich ist nur die Bestellung eines Nießbrauchs an der Forderung (§§ 1068, 1076 BGB.). Die Eintragung eines vom Todestage des Bestellers ab dem Nießbraucher zustehenden Zinsgenusses ist bis dahin unzulässig; dieser kann erst von den Erben des Bestellers die Eintragung verlangen.

5. Abs. 2. **RG.** GruchotsBeitr. 51 181. Der Abs. 2 des § 1154 hat den Fall im Auge, daß eine schriftliche Abtretungserklärung nicht erteilt ist. Daß, wenn eine solche erteilt und die Übergabe des HypBriefs erfolgt ist, die Beteiligten die Macht haben sollten, das Zusammentreffen dieser beiden Vorgänge der Wirkung des Forderungsüberganges, die das Gesetz damit verbindet, zu entkleiden und diese Wirkung hierüber hinaus von weiteren Erfordernissen, insbes.

der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch abhängig zu machen, unterliegt mit Rücksicht auf die Natur der Bestimmung des § 1154 erheblichen Bedenken.

6. Vgl. noch die bei § 1177 Ziff. 2 erwähnte Abhandlung von *Huth, ZBlFG. **7** 483, welche den Standpunkt vertritt, daß die Abtretung der Hypothek an den Grundstückeigentümer begrifflich ausgeschlossen ist.

§ 1157. SächsRpflA. **06** 435 (Dresden). Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Grundbuchs schlägt auch gegenüber der Vorschrift im ersten Satze des § 1157 durch, daher kann gegenüber dem gutgläubigen Erwerber einer Hypothek der mit der Hypothekenklage belangte Grundstückseigentümer sich auf eine mit dem Zedenten des Gläubigers getroffene Gestundungsvereinbarung nicht berufen.

§ 1158. **a)** SeuffA. **61** 460 (Braunschweig). Die Zinsen, die erst später als zu dem im § 1158 bestimmten Zeitpunkte fällig werden, können nach den §§ 1154, 1158 nicht ohne Übergabe des HypBriefs abgetreten werden; richtiger Ansicht nach ist die formlose Abtretung auch nicht mit Eintritt der Fälligkeit konvaleszirt (vgl. Planck Anm. 3a zu § 1159). **b)** OLG. **12** 130 (KG.). Unzulässig ist die Abtretung und damit auch die Eintragung der Abtretung des einem Dritten an einer Hypothek zustehenden Zinsgenußrechts (im Gegensatze zur Abtretung einzelner Zinsraten). Zustimmend Kretzschmar, SachenR. Anm. 6.

§ 1159. SeuffA. **61** 460 (Braunschweig). Ist die Kapitalforderung wirksam gelöscht, so haftet das Grundstück nicht mehr für Rückstände von HypZinsen, auch wenn diese an einen Dritten abgetreten sind und dieser der Löschung nicht zugestimmt hat, da nach Löschung der Kapitalforderung nichts mehr vorhanden ist, wodurch die Haftung für die Zinsen vermittelt werden könnte.

§ 1160. BadRpr. **06** 101 (LG. Mainz). Eine Verzichtserklärung i. S. des § 1160 Abs. 2 erstreckt sich im Zweifel auch auf die Rechtsnachfolger des Berechtigten.

§ 1163. Literatur: Fahle, Die ungebuchte Eigentümerhypothek. Münster i. W. 1906.

I. Wesen der Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld). 1. Oberneck, GruchotsBeitr. **50** 551, 555. Die Eigentümerhypothek ist ein Rechtsgebilde sui generis, ein außerhalb des Grundbuchs entstehendes, formell aus der Nichtlöschung der Ursprungshypothek, materiell aus dem Eigentumsinhalt abgeleitetes und verselbständigtes Aneignungsrecht auf den Wert bzw. denjenigen Teil des Versteigerungserlöses, welcher in der Ursprungshypothek dem Umfang und Range nach bestimmt ist. Die ursprüngliche Eigentümergrundschuld (§ 1196) unterscheidet sich hiervon nur dadurch, daß sie von einer Ursprungshypothek unabhängig ist und der eigenen Eintragung in Form der Grundschuld bedarf. Über die Pfändung der Eigentümerhypothek s. aaO. 561 ff.

2. *Güthe, DNotV. **06** 724, 753. Die künftige Eigentümerhypothek ist das hypothekarisch belastete Eigentum in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle. Sie ist also weder persönliches Recht — wie das OLG. **10** 388, RJA. **5** 270 (KG.) annimmt —, noch bloße Anwartschaft, sondern ein dingliches Recht, und zwar ein unbedingtes und unbefristetes dingliches Recht, und ferner auch nicht Hypothek, sondern Eigentum. Die Beschränktheit der Rechtsstellung des Besitzers einer künftigen EH. zeigt sich nur in dem Inhalte des Verfügungsrechts. Der Eigentümer kann zwar alle Verfügungen — mit Ausnahme der Aufhebung — über die künftige EH. treffen, darf aber stets nur unter der Bedingung des Erwerbes der Hypothek verfügen. Die Form der Verfügung richtet sich nach den Grundsätzen der Grundschuld. Das Gesagte gilt für alle Arten von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Die Verfügungen über die künftige EH. sind — dagegen **RG. 61** 374 — eintragungsfähig.

3. Dennler, R. 06 364, macht darauf aufmerksam, daß das RG. 60 251 — vgl. JDR. 4 Ziff. 7 zu § 1163 — die Wertparzellentheorie verworfen hat, da jedem HypGläubiger das ganze Grundstück und nicht bloß ein nach Maßgabe der voreingetragenen Belastungen zu ermittelnder Wertteil hafte.

4. Aus der Praxis. a) RG. JW. 06 757. Die Eigentümergrundschuld hat ihren Rechtsgrund in der Einrichtung des Grundbuchs, die dem Eigentümer die Verfügung über eine freigewordene Hypothekenstelle ermöglicht, sie ist nicht eine Rechtsfolge der Zahlung als solcher, sondern entsteht bei jeder wie immer gearteten Beseitigung der durch die Hypothek gesicherten Forderung. b) RG. BayRpflZ. 06 62. Mit Zustimmung des Eigentümergrundschuldberechtigten kann der ursprüngliche HypGläubiger über den nicht ausgefüllten Teil seiner Hypothek verfügen. Ist die Eigentümergrundschuld bedingt abgetreten, so steht dem Eigentümer der Berichtigungsanspruch nicht mehr zu und er kann darüber nicht anders, als durch Abtretung an den bedingt Berechtigten verfügen. c) R. 06 1137 (Frankfurt). Es besteht keine gesetzliche Sonderbestimmung, die für den Fall der ZwVerst. oder des Konkurses die Anwendbarkeit des § 1163 ausschließt oder beschränkt. d) OLG. 14 69 (KG.). Auf Vormerkungen sind die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und -Grundschuld in den §§ 1163, 1177 nicht anwendbar. AM. Dernburg, BürgR. § 220 II 1. u. § 221.

II. Im Falle der Nichtigkeit der Hypothek. 1. a) R. 06 182, ZBlFG. 6 779, 890 (Jena). Keine Eigentümergrundschuld, wenn eine Hypothek rechtskräftig für nichtig erklärt ist. ➸ Ebenso Goldmann-Lilienthal II 174 Anm. 48. Red. ⟵ b) SächsRpflA. 06 227 (Dresden). Eine Hypothek, die bloß zu dem Zwecke eingetragen ist, Kauflustige über den Wert des Grundstücks zu täuschen, ist nichtig, da eine dem § 873 BGB. entsprechende Einigung nicht vorliegt, die Beteiligten vielmehr ihre Erklärungen nur zum Schein abgegeben haben und darüber einig waren, daß tatsächlich eine Belastung des Grundstücks nicht eintreten soll. Die HypBestellung ist daher auch ungeeignet gewesen, eine Eigentümerhypothek zur Entstehung kommen zu lassen (OLG. 5 10). c) ElsLothJZ. 06 19 (Colmar). Eine Zwangshypothek, die unter Verletzung der Vorschriften über die ZwVollstr. eingetragen und daher ungültig ist, kann sich nicht in eine Eigentümerhypothek verwandeln.

2. *Jacoby, SeuffBl. 06 249 ff. Der Zweck der Eigentümerhypothek ist, bei Freiwerden einer Rangstelle die Interessen des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren zu schützen. Dieser Zweck würde aber vereitelt werden, wollte man die Eigentümerhypothek unter Betonung des Wortlauts im § 1163 einerseits und im § 1192 andererseits und unter Betonung des Wortes „Hypothek" im § 1163 in den Fällen ablehnen, in denen eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist (RG. 52 Nr. 25) oder in denen eine Grundschuld sich erledigt hat (RG. 60 Nr. 59). Bei entgegenstehender Auffassung würde derjenige, welcher eine HypForderung und deren Bestellung (die dingliche Einigung) wegen Betrugs anficht, schlechter stehen, als derjenige, welcher die Anfechtung auf die Forderung beschränkt. Bei Beantwortung der Frage, wem das Recht aus der Eigentümerhypothek zusteht, sind die Rechtsgrundsätze aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung heranzuziehen. Berechtigt ist hiernach derjenige, der die Grundlage für die Eigentümerhypothek durch Begründung der betreffenden Rangstelle aus seinem Eigentume gelegt oder der die geschaffene Rangstelle durch Leistungen aus seinem Vermögen wieder freigemacht hat.

III. Im Falle der Nichtigkeit des Forderungsrechts. (Vgl. o. § 138 Ziff. 7 I A a β und § 817 Ziff. 1.) RG. 63 179, JW. 06 383 ebenso 736, HansGZ. 06 Beibl. 145. Ist bei Auflassung eines dem Bordellbetriebe

dienenden Grundstücks eine Hypothek für das Restkaufgeld eingetragen, so haftet der Erwerber zwar nicht persönlich für die Hypothek (BGB. § 138 Abs. 1), aber die in Erfüllung des Vertrags begründete dingliche Verhaftung des Grundstücks wird dadurch nicht beseitigt. Denn die Hypothekbestellung gehört nicht zu der Ausnahme, für welche der § 817 Satz 2 BGB. die Rückforderung zugelassen hat. Aus der Entstehungsgeschichte des § 817 erhellt, daß man an Erfüllungsgeschäfte, die auf dem Gebiete des Sachenrechts liegen und die eine Vermögensverschiebung in dinglichen Rechten bewirken, nicht gedacht hat. Das der Hypothek zugrunde liegende Schuldverhältnis wird dadurch nicht berührt, es bleibt nichtig. Ob man bei einer solchen Rechtslage sagen darf, eine derartige Hypothek verwandle sich in eine Grundschuld (so Förster, R. **05** 357), mag dahingestellt bleiben, die Ähnlichkeit beider ist unverkennbar. Von der Grundschuld unterscheidet sich eine derartige Hypothek immer noch dadurch, daß sie für eine persönliche Forderung bestellt worden ist, die zwar vom Gesetze für nichtig erklärt wird, bei der es aber doch die Rückforderung ausschließt, soweit sie bezahlt oder durch eine Vermögensverschiebung auf sachenrechtlichem Gebiet erfüllt worden ist. Darum ist auch auf einen solchen Fall der § 1163 Abs. 1 nicht anwendbar. Aus demselben Grunde muß aber auch die Anwendbarkeit des § 1137 für ausgeschlossen gelten, denn dann könnte nach § 1169 auch von dem Gläubiger verlangt werden, daß er auf die Hypothek verzichtet, und dies würde nach § 1168 Abs. 1 die Folge haben, daß der Grundstückseigentümer, was gerade der § 817 Abs. 2 verhindern will, die Hypothek erwirbt. Hiernach besteht die Hypothek zu Recht, wenn auch die ihr zugrunde liegende persönliche Forderung nicht geltend gemacht werden darf.

IV. Amortisationshypothek. 1. v. Henle, R. **06** 70, nimmt übereinstimmend mit Güthe, GBO., an, daß bei Amortisationshypotheken die Lage des einzelnen Falles, namentlich die Satzung der Kreditanstalt und der Hyp.-Bestellungsvertrag darüber entscheidet, ob die Eigentümerhypothek schon für jede Amortisationsquote oder erst nach Abwickelung des ganzen Schuldverhältnisses für die ganze Summe entsteht. Ist ein mit einer solchen Hypothek belastetes Grundstück weiterveräußert und aufgelassen, ohne daß sich der Veräußerer die Eigentümerhypothek, die etwa für die während seiner Besitzzeit von ihm bezahlten Tilgungsbeträge entstanden ist, vorbehalten hat, so wird eine vernünftige Auslegung annehmen müssen, daß dieses aus dem Eigentume fließende Recht mit dem Grundstückseigentum auf den Erwerber übertragen worden ist und die Entschädigung dafür in dem Kaufgeld enthalten ist.

2. Koban, ABürgR. **29** 1 ff., 8, sieht in der Amortisationshypothek eine eigenartige, der Sicherungshypothek ähnliche Hypothek von veränderlicher Größe, welche von vornherein als für diejenige Summe eingetragen gelte, auf welche sich die Forderung jeweils bei ordnungsmäßiger Amortisation beläuft. Die Höhe der durch die Hypothek gesicherten Forderung ist demnach nicht fest und ziffernmäßig bestimmt, sondern schwankt im Laufe der Zeit und muß für jeden einzelnen Zeitpunkt auf Grund der aus der Urkunde ersichtlichen Amortisationsvereinbarungen erst berechnet werden. Der jeweilige, bei ordnungsmäßiger Abzahlung zu erübrigende Umfang der Forderung ist als die „bestimmte Geldsumme", als der „eingetragene Geldbetrag der Forderung" i. S. der §§ 1113 Abs. 1 und 1115 Abs. 1 BGB. anzusehen. Das ist der Buchstand, der „Inhalt des Grundbuchs", der nach § 892 Abs. 1 BGB. den Schutz des öffentlichen Glaubens genießt.

3. OLG. **14** 116 (Dresden). Es ist bei Amortisationshypotheken, wenn auch im Zweifel ein solcher Wille nicht vorauszusehen sein wird, sehr wohl möglich, daß die einzelnen Beiträge nicht schon als Zahlungen auf die Schuld behandelt

werden und diese mindern, sondern einstweilen nur als besonderes Guthaben des Schuldners aufgesammelt werden sollen. In diesem Falle hat sich die Hypothek auch nicht teilweise in eine Eigentümergrundschuld verwandelt.

V. Pfändung der sog. Eigentümerhypothek und deren Eintragung. 1. v. Henle, R. **06** 69 (gegen Güthe, GBO. 363), verneint die Zulässigkeit, daß der Eigentümer über eine Hypothek für den Fall, daß sie sich in seiner Person mit dem Eigentume vereinigt, durch Abtretung oder Verpfändung im voraus verfügt. Die Anwendbarkeit des § 185 BGB. hält er für ausgeschlossen, weil der Eigentümer nicht als Nichtberechtigter über das Recht des Gläubigers, sondern im voraus über sein künftiges Recht verfügt. Deshalb hält er auch (gegen Güthe 363) die Pfändung der „künftigen" Eigentümerhypothek für unstatthaft.

2. Die Pfändung künftig entstehender Eigentümerhypotheken wird für unzulässig erachtet vom LG. München (JustdRundsch. **06** 89, SeuffBl. **06** 161) unter Berufung auf Henle, R. **06** 69, sowie für ElsLothr. im Hinblick auf § 100 Abs. 3 des dortigen AGBGB. vom AG. Colmar (ElsLothNotZ. **05** 374), dagegen v. Amelunxen aaO. **06** 97, Oberneck, R. **06** 423, der die Bezeichnung beschränkte Eigentümerhypothek angewendet wissen will.

3. Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, GruchotsBeitr. **50** 551, Bericht hierüber R. **06** 421. Die Eigentümerhypothek kann weder als Hypothek, noch als Grundschuld i. S. des BGB. angesehen werden. Deshalb kann für deren Pfändung nicht der § 830 i. Verb. mit § 857 Abs. 6 ZPO. maßgebend sein. Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Pfändungsanspruchs (**RG. 56** 14). Die bisher (Reichsgrundbuchrecht I 849, 850) vertretene Meinung, daß der Pfändungsbeschluß ohne Übergabe des Briefes oder Eintragung in das Grundbuch, wenn auch nicht gegen Dritte, so doch gegen den Eigentümer wirksam sei, wird in Übereinstimmung mit **RG. 59** 314 verworfen. Vgl. ferner auch Becker, BadNotZ. **06** 139.

4. BayObLG. **6** 738, DJZ. **06** 883. Unzulässig ist die Eintragung der Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek, die der Schuldner erwerben wird, falls er zur Zeit der Beendigung des Rechtes des HypGläubigers noch Eigentümer des belasteten Grundstücks ist.

5. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **4** Ziff. 6e zu § 1163 — auch **RG. 61** 374 und DNotV. **06** 194 in einem von Oberneck über das RGes. v. 17. 3. 06 (vgl. Vorbem. vor § 1163) erstatteten Berichte.

VI. Über die Literatur zu der Entsch. des **RG. 60** 251 — JDR. **4** Ziff. 7 - betr. die nichtvalutierte Grundschuld s. u. zu § 1192 BGB.

VII. Über die Vorgänger der Eigentümerhypothek in Bayern (Rangeinräumungsrecht und Rangeinräumungsverzicht) s. Jacoby, SeuffBl. **06** 247, 255, 259 (Hypothekerneuerungsrecht).

§ 1164. Zweifelhaft erscheint, ob der durch die Befriedigung des Gläubigers sich vollziehende Erwerb des persönlichen Schuldners den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs genießt. Im Gegensatze zu Böhm 245 wird dies von der herrschenden Meinung verneint, z. B. von Planck Anm. 3, Staudinger Anm. I 1c, Turnau-Förster (3) Anm. 8 zu § 1164. Dagegen unterscheidet Kretzschmar, Sachenrecht Anm. 3, zwischen Hypothek und Forderung. Die Leistung an den durch das Grundbuch bzw. den HypBrief ausgewiesenen Gläubiger und sonach auch der damit verbundene Erwerb der Hypothek erfolgt nach §§ 893, 1138, 1155 unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens; dabei gilt die Ersatzforderung für die Hypothek, aber auch nur für diese, als bestehend, wenn der Gläubiger bereits befriedigt war und deshalb eine Forderung des per-

sönlichen Schuldners gegen den Eigentümer oder einen Rechtsvorgänger in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt.

§ 1166. 1. OLG. **12** 136 (Karlsruhe). Die Benachrichtigung ist nur von Bedeutung, wenn sie der Einleitung der ZwVerst. nachfolgt, da vorher eine Betätigung des persönlichen Schuldners bei der Überwachung der ZwVerst. ausgeschlossen ist.

2. SächsRpflA. **06** 278 (Dresden). Der von dem Gläubiger wegen seines bei der ZwVerst. des Grundstücks erlittenen Ausfalls in Anspruch genommene Schuldner kann sich darauf, daß er nach § 1166 nicht von der ZwVerst. benachrichtigt worden sei, dann nicht berufen, wenn er der Benachrichtigung ungeachtet keinen Schaden erleidet. Dies trifft zu, wenn er von einem Rechtsvorgänger des Grundstückseigentümers, der die ausgefallene Hypothek unter der Herrschaft des SächsBGB. in Anrechnung auf die Kaufgelder übernommen hatte, Ersatz zu verlangen berechtigt und dieser zahlungsfähig ist. Eine Verpflichtung des Schuldners, seinen Nachmann von der bevorstehenden ZwVerst. zu benachrichtigen, läßt sich für das Verhältnis des persönlichen Schuldners zum Schuldübernehmer weder aus dem Vertragsverhältnisse, noch aus § 1166 entnehmen; hätte vielmehr der Schuldübernehmer rechtzeitig für die Befreiung des Schuldners Sorge getragen, so würde dieser nicht in die Lage gekommen sein, ihn auf Ersatz des Gezahlten zu belangen. Der Schuldner kann daher, obwohl er selbst nicht von der ZwVerst. benachrichtigt worden ist, seinen Nachmann auf Ersatz in Anspruch nehmen, auch wenn er diesen von der ZwVerst. nicht benachrichtigt hat.

§ 1168. **a**) ThürBl. 53 268, RJA. 8 41 (Jena). Die bloße Löschungsbewilligung hat nur die ihr nach den Grundsätzen des formellen Konsensprinzips zukommende Bedeutung, nämlich die Erklärung des Willens, daß zu der eingetragenen Hypothek ein Löschungseintrag im Grundbuche vermerkt werde, sie ist aber nicht geeignet, den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer nachzuweisen und enthält nicht notwendig die Erklärung des Verzichts auf die Hypothek (§ 1168 BGB.), insbes. kann von einem solchen Verzichte dann keine Rede sein, wenn der Löschungsbewilligung die Befriedigung des Gläubigers vorangegangen ist. **b**) Ebenso KGJ. **32** A 257. Durch die Löschungsbewilligung des HypGläubigers wird nicht nachgewiesen, daß sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt hat. Insbes. rechtfertigt die Löschungsbewilligung nicht den Antrag des Eigentümers auf Eintragung einer im Wege des Verzichts auf die Hypothek erfolgten Umwandlung der letzteren in eine Eigentümergrundschuld.

§ 1170. Die Entsch. des KG. — JDR. **4** zu § 1170 — auch OLG. **12** 287.

§ 1174. **RG.** **63** 74. Die Pfändung einer Gesamthypothek, für welche die Erteilung eines HypBriefs ausgeschlossen ist, ist erst mit der Eintragung auf den Blättern aller gesamthaftenden Grundstücke vollzogen.

§ 1175. 1. Heinsheimer, DJZ. **06** 363. Im Falle einer Gesamthypothek wird das Grundstück eines Dritteigentümers von der Haftung frei, wenn ohne dessen Einwilligung der persönliche Schuldner durch Schuldübernahme wechselt (§ 418 Abs. 1 Satz 2, 3). Ebenso Kretzschmar, Sachenrecht Anm. 5.

2. ElsLothJZ. **06** 440, ElsLothNotZ. **06** 216, OLG. **14** 131 (Colmar). Wird die Löschung einer Hypothek bewilligt, so bedarf es zur Eintragung der Löschung auf alle Fälle der Zustimmung des Grundstückseigentümers (GBO. § 27), auch wenn mit der Löschungsbewilligung ein Verzicht des Gläubigers auf die ihm an dem betreffenden Grundstücke zustehende Gesamthypothek verbunden ist. — Dazu Autenrieth aaO. 218. Es kann bezweifelt werden, ob die Anwendung des § 1168 Abs. 2, wonach es zur Wirksamkeit des Verzichts der Eintragung im Grundbuche bedarf, auf den im § 1175 Abs. 1 Satz 2 behandelten Fall Anwendung findet.

Die Möglichkeit der Eigentümerhypothek ist hier gänzlich ausgeschlossen, vielmehr kommt § 875 zur Anwendung und der Zustimmung des Eigentümers zur Löschung bedarf es nicht, vielmehr genügt dessen Berichtigungsantrag (GBO. § 22).

3. BayObLG. 7 431, BayNotZ. 06 200, BayRpflZ. 06 443. Durch die Abtrennung eines Teilstücks werden die auf dem ganzen Grundstücke haftenden Hypotheken Gesamthypotheken, der Verzicht der Gläubiger auf die Hypotheken an dem Trennstücke hat daher nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. das Erlöschen der Hypotheken an diesem zur Folge. Die nach § 1168 Abs. 2 erforderliche Eintragung des Verzichts, zu der es der Zustimmung des Eigentümers nicht bedarf, ist deshalb nicht eine Löschung, sondern sie hat nur mittelbar die Bedeutung der Löschung, weil sich aus ihrem unmittelbaren Inhalte, dem Verzichte, das Erlöschen der Hypothek als Rechtsfolge ergibt. Der § 27 Abs. 1 GBO. schreibt die Zustimmung des Eigentümers nur für selbständige Löschungen vor, seine Vorschrift ist also auf die Fälle des § 1132 Abs. 2 und des § 1175 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar. Wollte man aber mit dem KG. (RJA. 2 240, SeuffA. 59 15) die Zustimmung der Eigentümer verlangen, so ist solche darin zu finden, daß sich die Verkäufer in der Urkunde verpflichtet haben, den Verzicht der Gläubiger und damit das Erlöschen der Hypotheken herbeizuführen.

§ 1176. SächsOLG. 27 280, DJZ. 06 884 (Dresden). Die Bestimmung des § 1176 betr. das Rangverhältnis zwischen einer durch Abschlagszahlung usw. entstandenen Eigentümerteilgrundschuld und dem bestehen gebliebenen Hypothekenreste gilt auch zugunsten eines Anteils an einer ursprünglichen einheitlichen Hypothek gegenüber einer Eigentümergrundschuld, die durch teilweise Tilgung eines anderen Anteils entstanden ist. Die Fähigkeit einer Hypothek, eine aus ihr entstandene Teileigentümergrundschuld bei der gemeinsamen Befriedigung aus dem Grundstücke zurückzudrängen, wie sie § 1176 verleiht, bildet eine Eigenschaft ihrer Befriedigungsmöglichkeit, wird zum Inhalte des hypothekarischen Pfandrechts selbst und steht jedem Teile der Hypothek von vornherein zu. Dies gilt auch, wenn die Hypothek in zwei Teile von gleichem Range zerschlagen worden ist. Dies ergibt sich insbes. aus § 1151, wonach es zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander der Zustimmung des Eigentümers nicht bedarf, weil es sich bei dieser Rangänderung nicht um die Rangänderung verschiedener Berechtigungen am Grundstücke, sondern nur um die Rangänderung verschiedener Anteile mehrerer an *einem* Pfandrechte handelt. AM. *Brachvogel*, ZBlFG. 7 376 und *Kretzschmar*, Sachenrecht Anm. 5 zu § 1176.

§ 1177. 1. KGJ. 32 A 261, RJA. 7 127. Das Wort „Hypothek" im § 1177 umfaßt alle Teile der Hypothek, einschl. der Nebenleistungen, eine Ausnahme enthält nur der § 1178, welcher sich nur auf *rückständige* Nebenleistungen und bereits *entstandene* Kosten, nicht auf *künftige* Nebenleistungen und Kosten bezieht, wobei unter Kosten nur solche im Sinne des § 1118 zu verstehen sind, wenn auch ein entsprechender Zusatz, wie er in den §§ 1145, 1159 enthalten ist, fehlt. Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek finden daher auch auf eine unter Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung (§ 1190) eingetragene Hypothek zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Kosten und andere Nebenleistungen Anwendung. — Wird nicht auf die Hypothek gemäß § 1168 verzichtet, sondern nur die durch die Hypothek gesicherte Forderung erlassen, so genügt zur Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld nicht die einseitige Erlaßerklärung des Gläubigers, sondern muß der Schuldner seine Zustimmung geben.

2. **Huth*, ZBlFG. 7 483. Der Eigentümer erwirbt die Hypothek im Falle des Abs. 1 als Grundschuld, im Falle des Abs. 2 als Hypothek mit der aus § 1197 sich ergebenden Einschränkung. — In beiden Fällen vollzieht sich dieser Erwerb außerhalb des Grundbuchs, kraft Gesetzes und ohne Eintragung, ➻ bei

der Briefhypothek ohne Übergabe des Briefes **RG. 59** 318 ←. Und eben deshalb, weil es sich um die Berichtigung des Grundbuchs handelt, hat der Grundbuchrichter das Recht und die Pflicht, zu prüfen, ob eine Rechtsänderung nach Abs. 1 oder nach Abs. 2 in Frage steht, da er nicht eine „unrichtige Berichtigung" des Grundbuchs vornehmen darf. — Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Urkunde über den Erwerb des Rechtes durch den Eigentümer in die Form der rechtsgeschäftlichen Übertragung, der Abtretung der Hypothek, gekleidet wird. Denn eine solche Abtretung der Hypothek an den Eigentümer ist an sich begrifflich ausgeschlossen, sie kann nur im Wege der Auslegung (§§ 133, 1170 Abs. 2 BGB.) zu einer Eintragung nach § 1177 Abs. 1 oder Abs. 2 führen. Gegen KGJ. **27** A 278, ZBlFG. **6** 114, OLG. **10** 422 (KG.) — JDR. **3** zu § 1143 BGB.

3. Kirschner, R. **06** 236, empfiehlt für die Vereinbarung, daß der Gläubiger verpflichtet sein solle, die Zahlung von einem vom Eigentümer zu benennenden Dritten anzunehmen, vgl. RJA. **1** 165 (KG.), folgende Fassung: „Bei Fälligkeit der Forderung ist der Eigentümer zur Zahlung des Betrags, für welchen das Grundstück haftet, an den Gläubiger nur gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs und einer öffentlich beglaubigten Urkunde, in welcher der Gläubiger die Hypothekenforderung ohne Gewähr und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abtritt, verpflichtet".

§ 1178. *Schröder, ZBlFG. **7** 472. Verzichtet der Gläubiger teilweise auf die mit der Hypothek für die Hauptforderung zu einem Höchstbetrag eingetragene Hypothek für die Nebenleistungen nicht hinsichtlich rückständiger, sondern künftig etwa noch entstehender Nebenleistungen, so entsteht eine Eigentümerhypothek.

§ 1179. 1. Schmölder, R. **06** 106. Der § 1179 gewährt dem Eigentümer das Recht, von dem HypGläubiger, bei dessen Hypothek die Vormerkung eingetragen werden soll, zu verlangen, daß er ihm den HypBrief soweit überläßt, als zur Verfügung über das Recht des Eigentümers unerläßlich ist. Die Vorschriften über Vorlegung von Sachen (§§ 809 ff.) sind zwar nicht unmittelbar anwendbar, beruhen aber auf demselben allgemeinen Gedanken. Dieses Recht des Eigentümers kann an den neuen Hypothekar abgetreten werden, und zwar zweckmäßig schon in der Schuldurkunde.

2. Jacoby, SeuffBl. **06** 245, ist der Meinung, daß auf Grund des § 21 Abs. 2 HypBankG. eine Vereinbarung nach § 1179 BGB. zwischen dem Grundbesitzer und der HypBank hinsichtlich der zur Rückzahlung gelangenden Amortisationsbeiträge (Annuitäten) unzulässig ist. Ebenso Oberneck, GruchotsBeitr. **47** 337; aM. Bonschab, Kommentar zu § 21 HypBankG.

3. **a**) KGJ. **31** A 324, 328, RJA. **7** 64 (Beschl. v. 4. 1. 06). Unzulässig ist die Eintragung der Vormerkung zugunsten des jeweiligen Inhabers einer Hypothek, vielmehr kann die Eintragung nur zugunsten einer bestimmten Person (wenn auch mit dem Zusatz: als Gläubigers einer bestimmten Hypothek) erfolgen. Tritt sie die Hypothek an einen anderen ab, so mag sie befugt sein, den durch die Vormerkung gesicherten Löschungsanspruch mit der Vormerkung an ihn abzutreten. Der Löschungsanspruch geht aber nicht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger der Hypothek über, muß vielmehr, soweit er übertragbar ist (vgl. § 399 BGB.), besonders übertragen werden. Der Löschungsanspruch kann durch das Gläubigerrecht an der Hypothek bedingt, nicht aber dem jeweiligen Inhaber der Hypothek rechtswirksam eingeräumt werden. Subjektiv dingliche Vormerkungen gibt es ebensowenig, wie subjektiv dingliche Löschungsansprüche (vgl. § 241 BGB.). **b**) KGJ. **32** A 213, RJA. **7** 142, KGBl. **06** 79, SchlHolstAnz. **06** 280 (KG.). Die Frage, für wen eine Vormerkung eingetragen werden kann, ist lediglich aus

dem Rechte der Schuldverhältnisse zu beurteilen. Soweit ein Anspruch auf Löschung einer Hypothek bestehen kann, soweit kann auch eine Vormerkung zu seiner Sicherung eingetragen werden. Hiernach ist nicht zu beanstanden, daß eine Vormerkung aus § 1179 nicht nur für den derzeitigen Inhaber einer nachstehenden Hypothek, sondern auch für jede andere rechtsfähige Person eingetragen werden kann, welche einen Anspruch auf Löschung der Hypothek erworben hat. Nur wenn erkennbar ist, daß der Anspruch nicht besteht und auch in Zukunft nicht entstehen kann, ist die Ablehnung der Eintragung zu rechtfertigen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Vormerkung einen Anspruch sichern soll, der zur Zeit dem derzeitigen Gläubiger der im Range nachstehenden Hypothek zusteht, der, sofern er nicht durch Verfügung dieses Gläubigers erlischt, von dem Zeitpunkte des Überganges der Hypothek auf einen anderen Gläubiger ab diesem neuen Gläubiger zusteht und der in gleicher Weise, sofern er nicht durch Verfügung des zweiten Gläubigers erlischt, dem dritten, vierten usw. Gläubiger der nachstehenden Hypothek zustehen soll. Ein Vertragsschluß mit den zur Zeit noch unbekannten künftigen Gläubigern der nachstehenden Hypothek ist allerdings nicht möglich, da ein Vertreter mit Vertretungsmacht für sie nicht existiert. Der § 328 BGB. bietet aber die Möglichkeit, durch einen Vertrag eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung zu bedingen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Notwendig ist aber die Angabe der Tatsachen, aus welchen der zu sichernde Anspruch entstanden ist oder entstehen soll, in solchem Umfange, daß der Anspruch von anderen Ansprüchen gleichen Inhalts desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner unterschieden werden kann, bei der Eintragung kann aber zur näheren Bezeichnung des Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. — Diese Entscheidung steht nicht im Widerspruche mit dem entscheidenden Teile des Beschl. v. 4. 1. 06 (o. zu a). Denn in ihm ist die Berichtigung der Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Gläubigerin einer Hypothek deshalb angeordnet, weil die Eintragung nur zugunsten einer bestimmten Person in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin dieser Hypothek bewilligt war. **c)** **RG. 63** 152, JW. **06** 354. Die Löschungsvormerkung kann nicht bloß gegenüber einem am Grundstücke bereits dinglich Berechtigten zur Sicherung seines am Grundstücke bestehenden Rechtes, sondern auch gegenüber einem Dritten, der am Grundstücke noch nicht dinglich berechtigt ist, begründet werden. Oberneck (3) I 678, OLG. **4** 490 (BayObLG.). Die Wirkung der Vormerkung bei der Verteilung des Erlöses im ZwVerstVerfahren ist dann im allgemeinen dahin zu bestimmen, daß ein rechtliches Interesse an ihrer Geltendmachung erkennbar sein muß und daß, soweit dieses rechtliche Interesse reicht, auch der durch die Vormerkung Gesicherte richterlichen Schutz in der Wahrnehmung seiner Rechte zu beanspruchen hat. Ist die Vormerkung nur zugunsten eines bestimmten Gläubigers in seiner Eigenschaft als Inhabers einer bestimmten Hypothek oder zugunsten des jeweiligen Gläubigers der Hypothek eingetragen, so beschränkt sich das Interesse des Berechtigten auf seine Eigenschaft als Gläubiger der betreffenden Hypothek und entfällt, wenn und soweit er mit der Hypothek befriedigt worden ist. Diese einschränkende Bedeutung der Vormerkung hat auch der gutgläubige Erwerber der Hypothek gegen sich gelten zu lassen; für ein Mißverständnis kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht in Anspruch genommen werden. **d)** R. **06** 1137 (Frankfurt). Die Einräumung eines Löschungsanspruchs i. S. des § 1179 ist in der Weise denkbar und möglich, daß dessen Geltendmachung weder an eine bestimmte Person, noch an den Besitz eines bestimmten Rechtes geknüpft, vielmehr nach Absicht der Parteien ein selbständiges und übertragbares Löschungsrecht gewährt sein soll, das in seiner Wirkung gleich zu erachten wäre einem durch seine Geltendmachung bedingten Verzichte des Grundstücks-

eigentümers auf die etwa zur Entstehung gelangende Eigentümerhypothek. Zur Annahme eines solchen absolut wirkenden Löschungsanspruchs bedarf es jedoch des Nachweises besonderer Umstände.

§ 1180. 1. Kretzschmar, SächsRpflA. 06 1. Erfolgt auf eine hypothekarisch gesicherte Darlehnsforderung eine Abschlagszahlung, nimmt aber vor Berichtigung des Grundbuchs der Schuldner den abgezahlten Betrag von neuem als Darlehen auf, so daß die Darlehnsforderung der Gläubigerin wieder die volle Höhe erreicht, so bedarf es nicht der Verlautbarung der teilweisen Umwandlung der Hypothek zur Eigentümergrundschuld (BGB. § 1163 Abs. 1 Satz 2) und der Abtretung an den Gläubiger unter Rückverwandlung in eine Hypothek für die neue Darlehnsforderung, vielmehr greift der § 1180 Abs. 1 BGB. ein, der auch zur Anwendung kommt, wenn die Hypothek als solche zwar nicht mehr besteht, aber noch als für die Forderung bestehend eingetragen ist. Immerhin bedürfte es auf Grund des in öffentlich beglaubigter Form erklärten Einverständnisses der Beteiligten der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch, eine solche Eintragung erübrigt sich aber, wenn der Schuldner der Gläubigerin das schriftliche Anerkenntnis erteilt, daß er nach erneuter Darleihung des abgezahlten Betrags das ursprüngliche Darlehen wieder zum vollen Betrage verschulde, denn durch ein solches Schuldanerkenntnis (BGB. § 781) wird die ursprüngliche Forderung der Gläubigerin zum vollen Betrage wiederhergestellt und dadurch wird das durch die Abzahlung unrichtig gewordene Grundbuch wieder richtig. — Bei der Grundschuld genügt eine (selbst stillschweigende) Einigung des Gläubigers und des Schuldners darüber, daß dem Gläubiger die für ihn eingetragene Grundschuld wieder in vollem Umfange zustehen soll (BGB. § 873 Abs. 1).

2. *Bonschab, BayRpflZ. 06 369. Die Einheitshypothek ist ein Gebilde der bayerischen Praxis; der Schuldner erhält zu dem bestehenden Reste eines Annuitätdarlehns ein weiteres Darlehen im Gleichrange mit dem Reste des bisherigen Darlehens, welches in einem Posten als Einheitshypothek eingetragen wird; Hypothekerneuerung i. S. des § 84 BayHypG. — Die Bestellung einer solchen Einheitshypothek ist nach BGB. unmöglich, da die gesetzgeberischen Verhandlungen sie ausdrücklich ablehnten und sie durch das Institut der Eigentümerhypothek ausgeschlossen ist, namentlich da nach der herrschenden, aber für unrichtig gehaltenen Ansicht auch durch und für Annuitäten Eigentümerhypothek entsteht. — Ein Ausweg ist durch § 1180 nicht gegeben, wie Kretzschmar (SächsRpflA. 06 1) meint; denn die Hypothek muß nach dieser Gesetzesstelle nicht bloß als für die Forderung bestehend eingetragen sein, sondern sie muß wirklich noch bestehen. — Auch die Herstellung der ursprünglichen Forderung aus Anlaß der neueren Darleihung durch Schuldanerkenntnis ohne das Erfordernis der Eintragung ist nicht zulässig; das bezügliche Anerkenntnis enthält eine teilweise Aufhebung und eine teilweise Neubegründung eines Rechtes an dem Grundstück; die hierfür bestehenden Vorschriften sind der Privatdisposition der Parteien entzogen und nicht durch ein Anerkenntnis zu ersetzen. Das Schuldanerkenntnis könnte auch keinen geeigneten Vollstreckungstitel bilden nach § 794 Ziff. 5 ZPO.

3. R. 06 938 (KG.). Der Eigentümer kann zwar eine Hypothek, die er als Eigentümerhypothek oder -Grundschuld erwirbt, mit einer neuen Forderung verbinden, ist aber nicht befugt, an die Stelle einer löschungsfähigen Hypothek eine andere Hypothek zu setzen und dadurch über die von der gelöschten Hypothek eingenommene Stelle anderweit zu verfügen. Den Mangel einer solchen Vorschrift ersetzt § 881 BGB.

4. R. 06 1136, RJA. 8 45 (BayObLG.). Es ist unzulässig, eine Hypothek, die fortbestehen soll, zu löschen, und sie dann mit einer für ein weiteres Darlehen

bestellten Hypothek als einheitliche Hypothek wieder einzutragen. Dagegen ist ein Eintrag im Grundbuche des Inhalts zulässig, daß Darlehen, für die besondere Hypotheken bestellt sind, einheitlich zu verzinsen und zu tilgen sind.

5. OLG. **12** 290, RJA. **7** 151 (KG.). Wird bei Abtretung einer von dem Grundstückseigentümer bezahlten Hypothek dieser eine neue Forderung untergelegt, so bedarf es zur Umschreibung nicht des Nachweises, daß der Eigentümer die Post als Eigentümerhypothek (§§ 1143, 1177 Abs. 2) und nicht als Grundschuld (§ 1163 Abs. 1 Satz 2) erworben hat, da der Fall der Unterlegung einer Forderung unter eine Eigentümer grundschuld nach Voraussetzungen und Wirkungen demjenigen Falle gleichsteht, daß einer Eigentümer hypothek eine andere Forderung untergelegt wird.

6. Wegen der Anwendbarkeit des § 1180 auf die Höchstbetragshypothek s. u. Ziff. 3 zu § 1190.

§ 1181. 1. Wie **RG. 55** 415 — JDR. **2** Ziff. 3 zu § 1181 — auch HansGZ. **06** Beibl. 271 (Hamburg).

2. RheinA. **102** I 188 (Cöln). Wenn der Gläubiger einer Hypothekenforderung, für die der Eigentümer auch persönlich haftet, bei der ZwVerst. selbst angesteigert hat und aus dem Erlöse nur zum Teil befriedigt ist, so kann der für den Ausfall belangte Schuldner nicht geltend machen, daß der HypGläubiger das Grundstück unter dem wahren Werte angesteigert und durch eine spätere Veräußerung eine Ausgleichung seines ganzen Guthabens erhalten habe. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Gläubiger auf ungesetzliche oder unlautere Weise die Höhe des Steigerlöses ungünstig beeinflußt hat (§§ 823, 826 BGB.).

3. Tücking, R. **06** 1353 ff. Kommt eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke zur Versteigerung, so hat der Vollstreckungsrichter dafür Sorge zu tragen, daß der Grundbuchbehörde des versteigerten Grundstücks die Tatsache einer Befriedigung aus dem Grundstücke so genau wie möglich, also die Summe des gedeckten Kapitals, der Zeitpunkt der Zahlung, der Name des eingetragenen Gläubigers oder des z. Zt. der Zahlung vorhandenen Berechtigten und die auf dem Hypothekenbriefe gemachten Vermerke hinsichtlich einer ganz oder teilweise gedeckten Gesamthypothek mitgeteilt werden; die Grundbuchbehörde hat sodann den z. Zt. des Zuschlags und den z. Zt. der Deckung eingetragen gewesenen Grundeigentümer des ersteigerten Grundstücks festzustellen und alle diese Tatsachen den übrigen beteiligten Grundbuchbehörden mitzuteilen, damit diese bei den zur Deckung gelangten Gesamthypothekenforderungen die zur Feststellung der gesetzlichen Rechtsfolgen nötigen tatsächlichen Angaben kurz vermerken und von Amts wegen eintragen.

§ 1183. 1. Blessing, WürttZ. **06** 39, 114, erörtert die einzelnen Fälle der Hypothekenlöschungen und empfiehlt mit Rücksicht auf die verschiedenen Tatbestände, den Löschungsunterlagen die ihnen gebührende Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen, insbes. in der Quittung des Gläubigers anzugeben, durch wen die Befriedigung erfolgt ist, und über die Zeit der Tilgung der Forderung, bei Tilgung in verschiedenen Raten über die Zeit der einzelnen Teilzahlungen Auskunft zu geben.

2. R. **06** 1377 (Dresden). Auf Grund einer Löschungsbewilligung kann der Grundstückseigentümer eine Hypothek nicht auf sich umschreiben, sondern nur löschen lassen (aufheben i. S. des § 1183). Nur im Falle des Verzichts des Gläubigers (§ 1168) geht die Hypothek auf den Eigentümer über.

3. R. **06** 937 (KG.). Hat der Eigentümer seine Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek erteilt, so kann er die Hypothek nicht mehr als Eigentümerhypothek erwerben.

4. **a**) MecklZ. **24** 242 388 (LG. Güstrow). Die ohne Vorbehalt erklärte Herabsetzung des Zinssatzes ist als eine Veränderung des Zinssatzes anzusehen und der Antrag auf Eintragung der Zinsherabsetzung ist gleichbedeutend mit einem Antrag auf Löschung des überschießenden Prozentsatzes. Der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu der Löschung (§ 27 GBO.) bedarf es nicht. Vgl. JDR. **3** Ziff. 1 und **4** zu § 1183 BGB. **b**) *Dahse, MecklZ. **24** 388. Die Ansicht, daß zu der Umschreibung der Hypothek unter gleichzeitiger Herabsetzung des Zinsfußes die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich sei, kann nicht dadurch begründet werden, daß nach dem materiellen Rechte der Schuldverhältnisse das nicht abgetretene Zinsrecht ohne weiteres erlösche, dadurch das Grundbuch unrichtig werde und daher ein Interesse des Eigentümers, die Eintragung der höheren Zinsen im Grundbuch aufrecht zu erhalten, nicht bestehe. Ihr steht BGB. § 397 entgegen. — GBO. § 27 Abs. 1 enthält eine selbständige, neben derjenigen des § 19 bestehende Vorschrift für das Verfahren des Grundbuchrichters. Danach ist zu der Eintragung der Herabsetzung des Zinsfußes die Zustimmung des Eigentümers, gleichviel ob er durch die Eintragung betroffen wird oder nicht, erforderlich.

§ 1184. 1. Lindemann, R. **06** 1364. Durch die Eintragung der Sicherungshypothek entsteht zwar eine unbedingte dingliche Belastung des Grundstücks in Höhe der eingetragenen Summe oder des eingetragenen Höchstbetrags. Da aber der Grundbuchglaube nicht für die Forderung gilt, bleibt es ungewiß, ob die Forderung in voller Höhe besteht, ob sie ganz oder teilweise überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder endlich, ob sie ganz oder teilweise erloschen ist. Nur im ersten Falle ist der eingetragene Gläubiger der aus der Hypothek Berechtigte, im Falle der Nichtentstehung dagegen der Grundstückseigentümer zur Zeit der Eintragung, im Falle des Erlöschens der Forderung der Grundstückseigentümer zur Zeit des Erlöschens.

2. **RG.** ZBlFG. **6** 671. Die Sicherungshypothek ist im Gegensatze zur gewöhnlichen Hypothek ein rein akzessorisches Recht, das in Ansehung ihres Gläubigers mit der ihr zugrunde gelegten Forderung steht und fällt. Deshalb muß sich der Gläubiger das Nichtbestehen einer solchen Forderung ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben mit der Wirkung entgegensetzen lassen, daß er dann auch seine Sicherungshypothek verliert und sie löschen lassen muß.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 989. Eine als Verkehrshypothek bestellte und eingetragene Hypothek wird nicht dadurch zu einer Sicherungshypothek, daß zur Zeit ihrer Bestellung der Bau noch nicht vollständig ausgeführt war und damals die Höhe der für den Gläubiger sich ergebenden Werkmeisterforderung endgültig noch nicht feststand.

4. OLG. **12** 133 (Karlsruhe). Der Zedent einer Sicherungshypothek (BGB. § 1154) hat zu deren Umschreibung mitzuwirken, auch wenn an sich der Erwerber auf Grund der Umschreibungsbewilligung des Zedenten selbst den Eintragungsantrag stellen darf.

§ 1186. KGJ. **31** A 337 (KG.). Eine Höchstbetragssicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek nicht nur für die festgestellte, sondern auch für eine andere Forderung des Gläubigers umgewandelt werden. Vgl. **RG.** JW. **05** 291[17] (vgl. 292[19]). Diese andere Forderung ist bestimmt zu bezeichnen; die Vorlegung einer Schuldurkunde ist nicht erforderlich. (Damit nicht im Widerspruch KGJ. **25** A 174, denn dort hatten die Beteiligten lediglich erklärt, daß die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werde, aber nicht, daß die Forderung festgestellt sei, oder daß die gewöhnliche Hypothek für eine bestimmte andere Forderung bestellt werde.) Zinsen können bei der umgewandelten Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich oder nachstehenden Berechtigten

nur für die Zeit seit der Umwandlung eingetragen werden (§ 1119). Vgl. KGJ. **21** A 160, **25** A 175.

§ 1187. *Danziger, JW. **06** 370, bejaht die Frage, ob, wie das **RG.** (JW. **92** 130 Ziff. 19) für das frühere Recht angenommen hat, eine Hypothek nicht nur für die Forderung aus einem Wechsel, sondern auch für die dem Wechselanspruche zugrunde liegende Forderung, und zwar als Verkehrshypothek bestellt werden kann, so daß der Gläubiger „durch Wechsel" und durch Hypothek nach Art eines Korrealverhältnisses eine doppelte Sicherung erlangt. Eine solche Sicherungsform ermöglicht eine längere Geschäftsverbindung durch Hingabe und Annahme von Prolongationswechseln und damit die Sicherung des Gläubigers für den Fall des Konkurses des Grundstückseigentümers, da bei einer nach § 1187 BGB. bestellten Hypothek der Gläubiger, wenn er nach Weiterbegebung des Wechsels diesen wieder einlösen muß, nicht etwa die Hypothek wiedererwirbt, diese vielmehr nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 durch den Eigentümer erworben wird, so daß der Gläubiger sich mit der Konkursdividende begnügen muß. Der Gefahr doppelter Inanspruchnahme kann der Schuldner dadurch begegnen, daß er bei der Hypothek im Grundbuche die Mithaft des Wechsels vermerken läßt.

§ 1189. 1. *Riezler, ACivPr. **98** 378. Gegen die Auffassung des sog. Pfandhalters als eines echten Vertreters und für die Konstruktion einer Treuhänderschaft spricht vor allem, daß jemand nicht spätere Gläubiger, also Personen vertreten kann, die zur Zeit in der Eigenschaft wenigstens, in der sie vertreten werden sollen, noch gar nicht existieren. Führt der Pfandhalter als solcher einen Rechtsstreit, so verlieren für diesen Prozeß in entsprechender Anwendung des § 53 ZPO. die Gläubiger die Prozeßfähigkeit.

2. Heilbrunn, HoldheimsMSchr. **06** 91 ff. (Die Entwickelung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Rechte.) Der Pfandhalter hat nicht das Gläubigerrecht als Eigenrecht inne wie der Truster der mortgagebonds, aber er ist auch nicht lediglich Vertreter einer Gläubigergesamtheit, seine Stellung beruht vielmehr auf einem organisatorischen Statut einer Rechtsgemeinschaft, und zwar einer Rechtsgemeinschaft, deren Glieder nicht nur die Partialgläubiger sind, sondern zu der auch der Schuldner gehört.

3. **RG.** JW. **06** 199. Macht der bestellte Vertreter, sei es als gesetzlicher Vertreter der zeitigen Gläubiger (§ 14 Abs. 4 G. v. 4. 12. 99), sei es als Treuhänder (§ 16 Abs. 1, 2 G. v. 4. 12. 99) die Rechte sämtlicher Gläubiger geltend, so bedarf es nicht der namentlichen Bezeichnung der von ihm vertretenen Gläubiger. Er ist auch zur Geltendmachung eines Teilbetrags der ganzen Anleihe befugt.

4. Die Entsch. des KG., JDR. **4** Ziff. 1 zu § 1189 auch OLG. **12** 293.

§ 1190. 1. Seitz, BayRpflZ. **06** 193. Die Höchstbetragshypothek ist nicht ein bedingtes Recht, das dingliche Recht besteht sofort und unbedingt; fraglich bleibt nur, wem es zusteht, ob dem Gläubiger oder dem Eigentümer.

2. *Ahsbahs, JheringsJ. **06** 353, erörtert und bejaht die Frage, ob die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht durch Forderungen gedeckte Höchsthypothek am Kridargrundstücke zur Konkursmasse gehört, indem er die Ansicht verteidigt, daß die Höchsthypothek von Anfang an bis zur Valutierung dem Eigentümer als eine wirkliche Hypothek zusteht. (Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek im Gegensatze zu der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek und der hypothekarischen Anwartschaft.) Vgl. noch JDR. **4** Ziff. 1b zu § 1163.

3. **a)** BadRpr. **05** 329, R. **06** 803 (Karlsruhe). § 1138 findet auf die Höchstbetragshypothek keine Anwendung. **b)** KGJ. **32** A 269, RJA. **7** 227 (KG.). Der § 1180 findet auch auf Maximalhypotheken Anwendung (**RG. 60**

259, JW. 05 292). Danach kann an die Stelle derjenigen Forderung, für welche eine Maximalhypothek besteht, eine andere, ihrem Betrage nach unbestimmte Forderung gesetzt werden, und zwar auch diejenige, welche der bisherige Gläubiger an einen anderen Gläubiger abgetreten hat. Materiell-rechtlich bedarf es hierzu nach § 1180 Abs. 1 der Einigung des Grundstückseigentümers und des neuen Gläubigers, nach § 1180 Abs. 2 außerdem der Zustimmung des bisherigen Gläubigers. Zum Zwecke der Eintragung in das Grundbuch genügt jedoch lediglich die Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers und des Grundstückseigentümers. Der Vorlegung einer Abtretungserklärung bedarf es nicht, wenn auch im Ergebnisse dasselbe erreicht wird, wie wenn der bisherige Gläubiger die Hypothek mit den für sie bis dahin entstandenen Forderungen an den neuen Gläubiger abgetreten und die Umschreibung im Grundbuche bewilligt hätte. Rechtlich besteht aber der Unterschied, als nicht, wie im letzteren Falle, der bisherige Gläubiger, sondern der Grundstückseigentümer als Eigenthümerhypothekar (§ 1190 Abs. 4) die Hypothek auf den neuen Eigentümer überträgt (Planck Anm. 4b zu § 1180 BGB.). Ist die Maximalhypothek, weil die Forderung erst nach Abschluß des Kreditverkehrs abgetreten, Eigentümergrundschuld geworden (§ 1190 Abs. 4), so findet § 1180 zwar nicht unmittelbare, aber doch entsprechende Anwendung. Auch hier genügt die Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers und des bisherigen Gläubigers als der Passivbeteiligten. Des Nachweises der rechtswirksamen Abtretung der Forderung bedarf es auch hier nicht, da eine Maximalhypothek auch für künftige Forderungen bestellt werden kann.

4. Entstehung einer Eigentümergrundschuld. **a)** *Schröder, ZBlFG. 7 474. Wenn der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek auf diese zum Teil verzichtet, jedoch nicht für einen Teil der gesicherten Forderungen, sondern in dem Sinne, daß der Gesamtbetrag aller aus dem vorliegenden Rechtsverhältnisse möglicherweise noch entstehenden Forderungen geringer eingeschätzt und demgemäß der eingetragene Höchstbetrag herabgesetzt wird, so entsteht gemäß § 1168 BGB. für den Betrag, um welchen der Höchstbetrag herabgesetzt wird, eine Eigentümerhypothek. **b)** **RG. 62** 168. Der im ZwVerstVerfahren nicht angemeldete Teil einer Höchstbetragshypothek wird zur Eigentümergrundschuld, auch wenn der Eigentümer keinen Widerspruch gegen die Nichtberücksichtigung seiner Grundschuld im Teilungsplan erhoben hat. **c)** **RG.** JW. **06** 353, BayRpflZ. **06** 272. Die Entsch. **RG. 61** 37 (JW. **05** 434) — JDR. **4** Ziff. 5 zu § 1190 — enthält nicht den allgemeinen Rechtssatz, daß jede Vorrangseinräumung an Baugeldern nur insoweit Geltung zu beanspruchen habe, als Baugelder wirklich gegeben worden seien. Es ist dort nur ausgeführt, daß aus den Umständen eine hierauf gerichtete Absicht der Parteien gefolgert werden könne, und daß dann die Beteiligten hieran gebunden sind und der Eigentümer nicht für die Eigentümerhypothek das nur den Baugeldern gewährte Vorrecht in Anspruch nehmen kann. Eine solche Absicht besteht nicht, wenn die Vorrangseinräumung sich auf das einzutragende Baugeld oder die an dessen Stelle tretende gewöhnliche Hypothek erstreckt. Vgl. noch **RG. 59** 313 und R. **06** 749. **d)** OLG. **14** 128 (Karlsruhe). Ist eine Höchstbetragshypothek teilweise bezahlt und kann, soweit sie nicht bezahlt ist, eine Forderung aus dem Schuldverhältnisse nicht mehr entstehen, so ist die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen und kann daher seitens des bisherigen Gläubigers an einen Dritten nicht abgetreten werden.

5. Abs. 2. **a)** SächsRpflA. **06** 132 (Dresden). In die Forderung werden alle Zinsen, also auch die gesetzlichen (Verzugszinsen) eingerechnet. **b)** KGJ. **31** A 331, RJA. **7** 69 (KG.). Die Eintragung einer Sicherungs-

hypothek zum Höchstbetrag einer bestimmten Summe und laufender Zinsen ist nur bezüglich der Zinsen ihrem Inhalte nach unzulässig (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.), im übrigen gültig.

6. Pfändung der eventuellen Eigentümergrundschuld. **a**) Seuffert, BayRpflZ. **06** 49 ff. mit Bezug auf BayRpflZ. **05** 350 (BayObLG.) (JDR. **4** Ziff. 6d zu § 1163). Der Umstand, daß noch nicht feststeht, ob aus einer Maximalhypothek eine Eigentümerhypothek entstehen wird, steht der Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek nicht im Wege. — Der Gläubiger der Maximalhypothek wird durch die Pfändung nicht gehindert, weiteren Kredit mit der Wirkung zu gewähren, daß sich die Maximalhypothek auch auf seine später entstandenen Forderungen erstreckt. Vgl. **RG. 51** 115. **b**) Seuffert, BayRpflZ. **06** 50. Die Pfändung der eventuellen Eigentümerhypothek, welche im Falle der Nichtausnutzung der Maximalhypothek entsteht, kann nicht anders als durch Eintragung in das Grundbuch bewirkt werden, und zwar erst, nachdem gemäß § 40 GBO. die Hypothek als Eigentümerhypothek eingetragen ist. Der Gläubiger, welcher einen Pfändungsbeschluß in Ansehung der eventuellen Eigentümerhypothek erlangt hat, kann die in diesem Beschluß angeordnete Pfändung erst vollziehen, wenn die Eigentümerhypothek entstanden und auf den Eigentümer umgeschrieben ist. Er kann den Pfändungsbeschluß beim Grundbuchamt einreichen und die Eintragung der Pfändung für den Fall beantragen, daß aus der Maximalhypothek eine Eigentümerhypothek für den Schuldner entsteht. Durch diese die Pfändung vorbereitenden Handlungen kann sich der Gläubiger gemäß § 46 GBO. den Vorrang vor Eintragungen wahren, die erst nach der Einreichung seines Antrags beim GBA. beantragt werden; aber ein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek erwirbt er erst durch die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. — Hat sich die Maximalhypothek ganz oder teilweise in eine Eigentümerhypothek verwandelt, so kann der Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Maximalhypothek in eine Eigentümerhypothek verlangen. Auch sein Vollstreckungsgläubiger selbst kann die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen, wenn er in der Lage ist, die Bewilligung des Maximalhypothekars zur Umschreibung durch Urkunden, wie sie § 29 GBO. verlangt, dem Grundbuchamte nachzuweisen.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1192. Die nicht valutierte Grundschuld. Die Entsch. des **RG. 60** 251 — JDR. **4** Ziff. 7 zu § 1163 — betr. die Frage, ob und wieweit das Wesen der Grundschuld eine entsprechende Anwendung des § 1163 BGB. ausschließt, hat lebhafte Meinungsäußerungen hervorgerufen.

1. *Neumann, JW. **06** 153, bemerkt zu der Entsch. **RG. 60** 251 — JDR. **4** Ziff. 7 zu § 1163: Bei Beurteilung der Erklärung des Grundschuldgläubigers, die Grundschuld nur zu einem Teilbetrage liquidieren zu wollen, kommt es auf die bei Begründung der Grundschuld obwaltenden Umstände an. Ergeben diese eine uneingeschränkte Einigung über die sofortige Entstehung der Grundschuld, so hat die Erklärung des Grundschuldgläubigers, nicht liquidieren zu wollen, nur den Sinn und die Wirkung einer Verfügung zugunsten des Bestellers, also in dem der Entsch. zugrunde liegenden Falle des gegenwärtigen Grundstückseigentümers, welcher, soweit Valuta nicht gewährt ist, sei es auf Grund besonderer Abrede, sei es aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung, auf Rückgewähr des nicht valutierten Teiles der Grundschuld und insoweit auf Abtretung der Grundschuld zu klagen berechtigt ist. Ergeben aber die Umstände eine beschränkte Einigung (beschränkt durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden

Zusatz: die Grundschuld solle entstehen nach Maßgabe der fortschreitenden Valutazahlung), so ist in Ansehung des nicht valutierten Betrags die Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt, und der nachstehende Realgläubiger ist der Empfangsberechtigte in Ansehung des freigewordenen Teiles der Versteigerungssumme. Vgl. Oberneck, R. **06** 422.

2. Jaeckel, GruchotsBeitr. **50** 604, hält die Unterscheidung Neumanns für künstlich, da die Beteiligten in der Regel selbst nicht wüßten, ob sie das eine oder das andere gewollt hätten, ihr Wille vielmehr regelmäßig dahin gehen werde, daß der Gläubiger nur soweit berechtigt sein solle, als er zur Zeit der Geltendmachung der Grundschuld gegeben haben würde. Wäre dies eine Einigung im Sinne der zweiten Alternative, so könnte man auf diesem Wege den ganzen § 1163 Abs. 1 Satz 2 über den Haufen werfen. Im übrigen läßt aber auch Jaeckel aaO. 596 den Entscheidungsgrund des RG., daß der § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Grundschuld nicht zur Anwendung komme, weil die Grundschuld eine sie sichernde Forderung nicht voraussetze, nicht gelten. Wenn auch die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetze, so gäbe es doch Fälle, in denen sie tatsächlich mit einer Forderung in Verbindung gebracht sei, wenn z. B. die Grundschuld zur Sicherung für künftig zu gebende Darlehen bestellt werde. In diesem Falle gebe es keinen Grund, der es erklärlich mache, daß dem Eigentümer insoweit, als die Forderung nicht zur Entstehung gelange, zwar die Hypothek, nicht aber die Grundschuld als Eigentümergrundschuld zustehen solle, und vom Standpunkte der nachstehenden Gläubiger aus, die in dem einen Falle aufrücken würden und in dem anderen nicht, sei dies erst recht unerklärlich.

3. Eccius, GruchotsBeitr. **51** 162 ff. Wenn eine Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen soll, so ist die Existenz oder das spätere Entstehen der persönlichen Forderung nicht Voraussetzung für den Erwerb des Rechtes aus der Grundschuld durch den eingetragenen Berechtigten. Zu diesem Rechte steht die persönliche Forderung nur im Verhältnisse der causa. Die Grundschuld ist eine grundlose Bereicherung des Grundschuldgläubigers auf Kosten des Bestellers, wenn die als bestehend vorausgesetzte Forderung nicht besteht oder wenn die Forderung, deren Entstehen in Aussicht genommen wurde, nicht zur Entstehung gelangt. Der Besteller der Grundschuld kann solchenfalls, weil die causa fehlt oder wegfällt, die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung: die Übertragung der Grundschuld an ihn, fordern, aber er kann nicht die Existenz der Grundschuld in Frage stellen. — Ist das Eigentum an dem Grundstück auf einen anderen übergegangen, so steht diesem anderen der vorerwähnte Bereicherungsanspruch nicht zu. Würde in solchem Falle der Grundschuldgläubiger auf seine Grundschuld verzichten, so würde sich dadurch die Grundschuld in eine Eigentümergrundschuld für den gegenwärtigen Eigentümer verwandeln. Der Grundschuldgläubiger hätte sich dann außer stand gesetzt, seine Schuld aus der ungerechtfertigten Bereicherung durch Übertragung der Grundschuld zu lösen, wäre aber dadurch von seiner Verbindlichkeit aus der Bereicherung gegenüber dem Besteller der Grundschuld nicht befreit. — Erklärt in einem Versteigerungsverfahren, das gegen den neuen Eigentümer eingeleitet ist, der Grundschuldgläubiger, daß er die Grundschuld nur in einer den Grundschuldbetrag nicht erreichenden Höhe geltend mache, weil nur insoweit die Forderung entstanden sei, welche durch die Grundschuld gesichert sein sollte, so ist in dieser Erklärung nichts weiter zu finden, als daß der Erklärende für sich selbst nur insoweit Zahlung aus dem Grundstücke fordere. Ein Verzicht auf die Grundschuld ist damit nicht erklärt, kann also auch den Übergang der Grundschuld auf den derzeitigen Eigentümer nicht begründen. Auch wenn der Versteigerungsschuldner der Besteller der Grund-

schuld selbst ist, wird man in solcher Beschränkung der Liquidation des Grundschuldgläubigers nicht einen wirksamen Verzicht auf den überschießenden Teil der Grundschuld sehen dürfen. Ist aber ein solcher erklärt oder wäre er darin zu finden, dann ist die Schuld des Grundschuldgläubigers aus der Bereicherung erfüllt. — Wird die Erklärung des Grundschuldgläubigers darüber, daß er in geringerer Höhe, als eingetragen steht, Zahlung fordere, erst nach dem Zuschlag abgegeben, so hat die Liquidationserklärung keine weitere Bedeutung, als wenn sie vor dem Zuschlag abgegeben war; auch wenn in die Erklärung ein Verzicht auf den Mehrbetrag der Grundschuld hineininterpretiert werden kann, so läßt sich diesem Verzichte keine andere Bedeutung beilegen als dem Verzicht auf die Grundschuld, solange sie noch das Grundstück selbst belastet. Der Versteigerungserlös steht an Stelle des Grundstücks. — Der Grundschuldgläubiger als Schuldner einer ungerechtfertigten Bereicherung in Höhe des nicht valutierten Teiles der Grundschuld ist nach wie vor verpflichtet, dem Besteller der Grundschuld, auf dessen Kosten er beim Mangel des Grundes der zu sichernden Schuld bereichert ist, den entsprechenden Teil der Grundschuld und des daraus entspringenden Rechtes auf Auszahlung der auf die Grundschuld fallenden Teiles des Kaufgeldes abzutreten. Der Versteigerungsrichter, dem im Verteilungstermin ein legitimierter Empfänger nicht gegenübertrat, und der den Betrag gemäß §§ 126, 135 ZVG. behandelt hat, wird durch die nachträgliche Legitimation des Bestellers der Grundschuld als Zessionars zur Auszahlung in die Lage versetzt werden. Ebenso wird er bei wirksamem Verzicht des Grundschuldgläubigers Zahlung an denjenigen Versteigerungsschuldner zu leisten haben, der als Eigentümer z. Zt. der Beschlagnahme in das Recht der Verzichtenden eintritt. Ein Aufrücken nachstehender Hypothekengläubiger ist ausgeschlossen.

4. Nissen, IW. 06 803. Das Preisgeben des auf die Grundschuld zustehenden Liquidats durch den Grundschuldgläubiger hat nicht ohne weiteres die Wirkung, daß der Grundstückseigentümer diesen Teil für sich liquidieren darf, vielmehr bedürfte es hierzu eines den Übergang einer solchen Befugnis vermittelnden Rechtsaktes. Ein solcher ist aber die Abtretung der Grundschuld als zulässiger Inhalt der aus § 812 BGB. herzuleitenden Verpflichtung (aus der rechtlosen Bereicherung). Als Abtretung ist es auch anzusehen, wenn im Kaufgelderbelegungstermine der Eigentümer im Beisein und ohne Widerspruch des Gläubigers seinerseits den von diesem nicht liquidierten Teil der Grundschuld beansprucht.

5. Hinsberg, DIZ. 06 257. Eine Hypothek des Eigentümers entsteht, nicht obgleich, sondern weil keine persönliche Forderung da ist, an die sie sich als Akzessorium anschließen kann. Dasselbe ist bei der Grundschuld der Fall, insofern besteht also zwischen beiden kein Unterschied. Erst durch die Behändigung des Briefes geht die Grundschuld auf den eingetragenen Gläubiger über. Darf er aus irgendeinem materiellen Grunde trotz seiner formellen Berechtigung die Ansprüche aus der Grundschuld nicht geltend machen, so kann dieser in dem unterliegenden Rechtsverhältnisse begründete Umstand für den Bestand des abstrakten Rechtes nicht von Einfluß sein. So wenig also die Nichtzahlung des ganzen Gegenwerts die Grundschuld aufhebt, so wenig kann die Nichtvalutierung eines Teiles einen entsprechenden Teil der Grundschuld zum Erlöschen bringen. Allerdings wird (oder bleibt) dieser ungedeckte Teil der Grundschuld nicht, wie bei der Hypothek, ipso jure Eigentümergrundschuld. Dies verhindert der abstrakte Charakter des Bestellungsaktes. Die Hypothek als akzessorisches Recht geht auf den Gläubiger über nur in dem Umfange wie der Anspruch, zu dessen Sicherung sie dient. Diese Gebundenheit besteht bei der Grundschuld nicht; die Übergabe des Briefes wirkt hier vielmehr wie die traditio körperlicher Sachen

gewissermaßen dinglich bezüglich des ganzen Rechtes, und dem Eigentümer steht event. nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückgängigmachung der entstandenen Wirkung zu. Darum ist allerdings § 1163 Abs. 1 nicht wörtlich auf die Grundschuld anwendbar; ins Leere fällt sie aber bei teilweiser Nichtzahlung der Valuta darum doch nicht.

6. Hachenburg, DJZ. **06** 297. Daraus, daß eine Grundschuld nicht zur Hypothek wird, wenn sie mit einer Forderung verbunden ist, folgt noch nicht, daß bei Nichtzahlung der Valuta der Grundschuld keine Eigentümergrundschuld entstehe. Das RG. verkennt die Bedeutung der Voraussetzung der Forderung im § 1192 Abs. 1. Sie hat jedenfalls nicht die Wirkung, die entsprechende Anwendung des § 1163 auszuschließen. Der Zahlung der Grundschuld (vgl. **RG. 60** 251) muß deren Nichtvalutierung gleichstehen.

§ 1198. *v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **26** 97 ff. Die Umwandelungserklärung bedarf nicht ausdrücklicher Worte, wenn sie durch Auslegung sich feststellen läßt. So ist sie z. B. in Rechtsgebieten, wo zwischenrechtlich die Übertragung von Grundschulden ohne Umwandelung in Sicherungshypotheken unstatthaft ist, zu finden in der „Übertragung zur Sicherung eines Guthabens und der Bewilligung ihrer Umschreibung"; ebenso unter der gleichen Voraussetzung in dem gerichtlichen Pfändungsbeschlusse, der sie zur Sicherung der Ansprüche eines Gläubigers ergreift. Vgl. Schröder, Entsch. V 155.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Vorbemerkung: Aus der allgemeinen Lehre vom Pfandrecht ist besonders auf die Arbeit Wunderlichs hinzuweisen, der zur Mehrzahl der Paragraphen des neunten Abschnitts nicht unbeachtliche Ausführungen bringt. Der nur selten eingehender behandelten Materie des Schiffspfandrechts ist der Selbstbericht Starkes gewidmet. Das Gebiet der Sicherungsübereignung hat einen neuen Bearbeiter in Gerbert gefunden. (Ziff. 1 zu §§ 1204, 1205.) Die bisher in allen Jahrgängen behandelte Frage, ob die Vermutung des § 1006 auch im Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Eigentümer gilt, wird neuerdings von Josef verneint. (§ 1227.) Entscheidungen aus der Praxis sind zum Pfandrecht nur äußerst spärlich geflossen.

Literatur: v. Amelunxen, Verpfändungen von Anteilen an der Gesamthand, ElsLothJZ. **06** 604—619. — Eccius, Fahrnispfand für künftige Forderungen, GruchotsBeitr. **50** 500—503. — Gerbert, Sicherungsübereignung und Mobiliarsicherungsrecht. Bonn 1905. — Hallbauer-Fuchs, Das deutsche Pfandrecht. Ein Leitfaden für das Pfandrecht und ein Hilfsbuch für alle, die sich mit Pfand-, Lombard- und ähnlichen Geschäften zu befassen haben. Leipzig 1907. — Lüdicke, Die obligatorischen Verpflichtungen in Beziehung auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach dem BGB. Berlin 1906. — Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner. Ihre rechtliche Stellung beim Fahrnispfande. Berlin-Leipzig 1907.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 77/78. Wesen des Pfandrechts. Das Pfandrecht in seiner heutigen Gestalt gehört nicht mehr ins Sachenrecht, sondern in den Allgemeinen Teil. Es ist eine Form der Rechtsgemeinschaft, die sich bei Rechten aller Art findet (BGB. § 1273) und die man im Gegensatze zu der gewöhnlichen, gleichartigen Gemeinschaft als ungleichartige Gemeinschaft bezeichnen kann. Der Hauptberechtigte hat den Pfandberechtigten als ungleichartigen Teilhaber neben sich.

2. Callmann, BankA. **5** 279. Ein vertragsmäßiges Pfandrecht an eigener Sache gibt es nicht. Die Banken lassen sich meist in den allgemeinen Geschäftsbedingungen an sämtlichen in ihren Besitz gelangenden Effekten der Kunden ein Pfandrecht bestellen. Übereignen sie jedoch nicht auf irgendeine Weise die für den Kunden angeschafften und im Depot verbleibenden Effekten, so entsteht kein

Vertragspfandrecht, und sie können sich zwar wegen ihrer Forderungen aus Kommissionsgeschäften, nicht aber wegen anderer Forderungen befriedigen. Ebenso erlischt das Pfandrecht beim depositum irregulare, wenn die Banken von ihrer Verfügungsbefugnis Gebrauch machen und damit Eigentum auf sie übergeht. Hinsichtlich dieser Stücke haben sie auch kein Pfandrecht wegen Forderungen aus Kommissionsgeschäften.

3. *Pagenstecher, GruchotsBeitr. **50** 290. Das Pfändungspfandrecht setzt keine Forderung voraus.

4. *Wunderlich 22 f., 50 f., 71 f. Das obligatorische Pfandrechtsverhältnis besteht nur zwischen Verpfänder und Gläubiger, nicht mit dem Pfandeigentümer. Dieser tritt nur hervor, wenn es sich um seine Pfandsache handelt. Infolgedessen tritt er — zeitlich genommen — am Ende des Pfandrechts, wenn es zu dessen Verwirklichung kommt, in ein Rechtsverhältnis zum Gläubiger. Vgl. zu § 1233 Abs. 1.

§§ 1204, 1205. 1. Sicherungsübereignung. (JDR. **4** u. **3** Ziff. 1 zu § 1205 u. o. § 117 Ziff. I 1.) *Gerbert, Sicherungsübereignung. Die Lösung des Problems der Sicherungsübereignung hängt allein von der Beantwortung der Frage ab: Will die Pfandrechtsgesetzgebung des BGB. die Verfolgung des Sicherungszwecks auf sachenrechtlichem Gebiete ausschließlich regeln? Die Frage ist aus folgenden Gründen zu bejahen: Die begehrte Wirkung dinglicher Sicherung der Forderung oder kurz: der Zweck der dinglichen Forderungssicherung ist zu einem feststehenden Rechtszweck, das über ihn sich verhaltende Rechtsgeschäft zu einem unbeweglichen Rechtsgeschäfte im BGB. festgelegt. Zur Erreichung dieses Zweckes kann nur eines gewollt werden: das, was das Gesetz vorschreibt. Das Gesetz hat ein fest bestimmtes Machtmittel zur Verwirkung des Sicherungszwecks geschaffen. Diese Handhabe hat es als Bestandteil der sachenrechtlichen Gebilde gestaltet, so daß sie, und zwar nur sie als sachenrechtliches Sicherungsmittel und in diesem Sinne als Selbstzweck begehrt werden kann. — Diese Auffassung bestätigt: a) der organische Werdegang des Pfandrechts; seine Naturgeschichte geht auf in der Entwickelung eines dem Forderungssicherungszwecke adäquaten Rechtsmachtmittels aus und neben der generellen Sachherrschaft des Eigentums; b) die dem positiven Rechte immanente Eigenschaft, richtig zu sein, d. h. in seinen Normen sachlich begründete, durch die Verkehrszwecke gebotene und zu ihnen in gleichem Verhältnisse stehende Rechtsmachtmittel zu bieten; c) das Verbot der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der dinglichen Verträge. Für den Einzelfall kann die Parteiwillkür ebensowenig ein neues Sachenrecht schaffen wie den feststehenden Inhalt eines vorhandenen Sachenrechts ändern. d) Der Wortlaut des § 1204, der davon spricht, daß eine Sache zur Sicherung einer Forderung in bestimmter Weise belastet werden kann, daß dieses Rechtsgebilde „Pfandrecht", wie die Einklammerung dieses Wortes andeutet, heißen soll. Prima facie befindet die Norm ausschließlich über die Art und Weise der Verfolgung des Sicherungszwecks. — Folgeweise ist die Pfandgesetzgebung das speziell und ausschließlich die Materie der Sicherung einer Forderung durch Begründung dinglicher Rechte an Mobilien erschöpfende positive Recht, das zufällig mit dem Namen Pfandrecht bezeichnete Mobiliarsicherungsrecht. — Demnach ist eine Sicherheitsübereignung, da es keine verschiedenen Arten von Eigentum gibt, allein nach Maßgabe des § 1205 zu beurteilen und gegebenenfalls nach § 125 ungültig. — Nicht hierher gehört der Fall, in dem der Gläubiger gegen Verzicht auf die Forderung vom Schuldner Sachgüter erwirbt. Hier will der Gläubiger nicht die Forderung sichern; er gibt sie ja sogar auf. Er erwirbt also nicht zum Zwecke ihrer Sicherung.

Die Furcht vor Verlust im allgemeinen ist hier unbeachtliches Motiv zu einem neuen Geschäftsschlusse. In der Regel liegt hier Hingabe an Zahlungstatt vor.

2. **a)** **RG.** 20. 2. 06, JW. **06** 224. Gegenstand eines Pfandrechts im Sinne der §§ 1204 ff. kann nicht ein Inbegriff von Sachen sein. **b)** OLG. **12** 295 (Dresden). Pfändung von Faustpfändern auf Antrag des Pfandgläubigers berührt das Pfandrecht nicht. **c)** Über Verpfändung einer Lebensversicherungspolice SächsRpflA. **06** 248 (Dresden).

3. **a)** Über Verpfändung eines Warenlagers und die Erfordernisse für den Mitbesitz und Mitverschluß handeln eingehend auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse OLG. **12** 136 ff. (KG. und Karlsruhe). Vgl. JDR. **3** Ziff. 4 zu § 1204. **b)** OLG. Stettin, PosMschr. **06** 168, R. **06** 1438. Die nach gesetzlichem Güterrechte lebende Ehefrau kann die Sachen ihres eingebrachten Gutes auch mit Zustimmung ihres Ehemanns nicht dadurch verpfänden, daß sie dem Gläubiger als mittelbare Besitzerin den Anspruch auf Herausgabe der Sachen gegen ihren Ehemann als den unmittelbaren Besitzer überträgt, bevor dieser Anspruch nach § 1421 entstanden ist.

§ 1206. 1. *Wunderlich 32. Der mit dem Gläubiger Mitbesitzende ist der Verpfänder, nicht der Eigentümer.

2. **RG.** BankA. 5 189, SeuffA. **62** 101 ff. Das durch Einräumung des Mitverschlusses bestellte Pfandrecht an einem Warenlager erlischt nicht dadurch, daß der Pfandgläubiger den für ihn bestimmten Gewölbeschlüssel einem Angestellten des Verpfänders auf kurze Zeit zur Entnahme des Tagesbedarfs oder zur Einlegung neu angeschaffter Ware aushändigt.

§§ 1207, 1208. **RG.** SeuffA. **62** 101 ff. § 1208 beruht ebenso wie § 1207 auf dem Grundsatze „Hand muß Hand wahren", der eine Ausdehnung auf Pfändungspfandrechte nicht gestattet. (Vgl. JDR. **4** zu § 1207.)

§ 1209. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 500 ff., untersucht, ob in allen Fällen, in denen vor dem Entstehen der als künftige Forderung der Pfandbestellung zugrunde gelegten Forderung die verpfändete bewegliche Sache Gegenstand einer anderen Pfandhaftung geworden ist, der Satz des § 1209 mit voller Sicherheit in Kraft tritt. Er meint, daß gegen den zweiten Pfandgläubiger das erste Pfandrecht dann nicht nach § 1209 mit dem Range vor dem zweiten Pfandgläubiger geltend gemacht werden kann, wenn der Verpfänder nicht gebunden ist, das Existentwerden der künftigen Forderung abzuwarten.

§ 1210. Abs. 1 Satz 2. *Wunderlich 18. Der den Pfandeigentümer gutgläubig für den Schuldner haltende Gläubiger wird nicht geschützt.

§ 1211. *Wunderlich 46 f. Der Pfandeigentümer hat diese Einreden nicht.

§ 1212. *Wunderlich 13. Dieser Satz ist zwar eine Vorschrift über die Entstehung des Pfandrechts, bezieht sich aber doch auch auf das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257), da er das Entstandensein des Pfandrechts an der Hauptsache voraussetzt.

§§ 1213, 1214. *Wunderlich 19, 33 f. Die in Frage kommenden Vereinbarungen dürfen — als Verpfändungsbestandteile — nur vom Eigentümer getroffen werden. Das Schuldverhältnis des Gläubigers besteht nur zum Verpfänder. Auf des letzteren Rechnung werden die Nutzungen gezogen; ihm wird Rechnung gelegt. Die durch die Nutzungen getilgten Leistungen gelten als vom Eigentümer berichtigt. Der Überschuß ist dem Verpfänder herauszugeben. Beim Pfändungspfandrechte gibt es kein Nutzpfandrecht.

§ 1215. *Wunderlich 29 f., 58. Diese Pflicht besteht nur dem Verpfänder gegenüber. Der Pfandeigentümer ist nur nach § 1004 geschützt. Aus der Verwahrungspflicht folgt ein Gebrauchsverbot.

§ 1217. 1. *Wunderlich 31, 57. Der Pfandeigentümer hat in diesem Falle nur die Rechte aus § 1004.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 148. Macht der Pfandgläubiger von der Pfandsache einen unbefugten Gebrauch und setzt er ihn ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort, so kann dieser auch auf Unterlassung klagen. (Näheres im Anhange zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, o. hinter § 231.)

§ 1218. *Wunderlich 32. Der Eigentümer hat kein solches Recht, da er an der Substanz oder am Werte des Pfandes nicht interessiert ist.

§§ 1219, 1220. *Wunderlich 30 f., 87. Eigentümer und Schuldner haben bei diesem Verkaufe keine Rechte.

§ 1223. 1. Abs. 1. *Wunderlich 38, 97 ff. Der Eigentümer hat nach dem Erlöschen des Pfandrechts keinen pfandrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes (oder Übererlöses). Der Gläubiger befreit sich durch Herausgabe an den Verpfänder vom Eigentümerherausgabeanspruche, kann sich jedoch letzterem gegenüber nicht auf § 1223 Abs. 1 berufen. Der Eigentümer kann, bei Anhängigkeit der Herausgabeklage des Verpfänders gegen den Gläubiger, eine Hauptintervention anstellen (75, 56).

2. Abs. 2. Einlösungsrecht von Verpfänder und Pfandeigentümer. *Wunderlich 40 ff. Der Verpfänder kann Pfandherausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung verlangen; der Eigentümer erst nach erfolgter Befriedigung. Nach geschehener Befriedigung hat der Verpfänder, nicht der Eigentümer, kumulativ den Gläubigeranspruch aus §§ 1227, 985. Befriedigung und Pfandherausgabe stehen beim Verpfänder, nicht beim Eigentümer, im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Das Vorbringen der Nichtbefriedigung seitens des Gläubigers ist gegenüber der Herausgabeklage des Verpfänders Einrede, des Eigentümers Bestreiten des Klagegrundes. Die Befriedigung des Gläubigers ist beim Verpfänder eine Pflicht, beim Eigentümer ein Recht (76 ff.). — Die Konkurrenz beider Einlösungsrechte bei Identität von Verpfänder und Eigentümer ist keine Gesetzeskonkurrenz, sondern gemischt alternativ-kumulative Anspruchskonkurrenz. Wird zuerst der Verpfänderanspruch verwirklicht, so geht der Eigentümeranspruch unter, da entweder der Gläubiger schon befriedigt ist, anderenfalls aber kein Recht des Eigentümers auf Befriedigung vorhanden ist. Die Verwirklichung des Eigentümeranspruchs (auf Befriedigung) läßt den Verpfänderanspruch (auf Pfandrückgabe) bestehen (80 ff.).

3. Über die Voraussetzungen der Klage auf Rückgabe des Pfandes, je nachdem der persönliche Schuldner oder ein Dritter das Pfand bestellt hatte, SeuffA. **62** 104 (Bamberg).

§ 1225. 1. *Cohn, JW. **06** 410 ff. Der Drittverpfänder ist neben dem Bürgen Gemeinschuldner im Sinne der §§ 420 ff. Daraus folgt zwischen ihnen die Ausgleichungspflicht nach § 426. Mitbürgen sind Personen, die sich zusammen oder getrennt für dieselbe Schuld verbürgt haben. Entscheidend ist nur, daß es sich um dieselbe Schuld handelt. Leistung aus dem Pfande ist ebenso Einlösungszahlung wie Leistung auf Grund der Bürgschaft. Die Grundsätze über die Ausgleichungspflicht bei der Gesamthypothek sind auch bei anderen Pfändern analog anzuwenden. § 1225 gilt auch bei Befriedigung aus einem der mithaftenden Pfänder, nicht nur im Falle freiwilliger Leistung des Drittverpfänders.

2. *Wunderlich 48 ff. Es tritt kein Pfandrechtsuntergang ein, auch nicht bei Bösgläubigkeit des Verpfänders bezüglich seines Nichteigentums. Durch die Herausgabe des Pfandes an den Verpfänder erlischt das Pfandrecht nicht. Der Verpfänder ist zum Gläubiger geworden.

§ 1227. Gilt die Vermutung des § 1006 auch im Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Eigentümer? (JDR. **4**, **3**, **2**, **1**.) Josef,

SeuffBl. **06** 15, verneint die Frage, weil § 1227 nur den Fall behandele, daß dem Pfandgläubiger der Besitz der verpfändeten Sache entzogen oder er darin gestört wird. Hier sollen ihm die dinglichen Klagerechte des Eigentümers (§§ 985, 1004, 1005, 1007) entsprechend zustehen. Dagegen besagt § 1227 nicht, daß der Pfandgläubiger auch zur Begründung seines Pfandrechts sich nur auf den Besitz zu berufen brauche, wie dies der Besitzer nach § 1006 betreffs des Eigentums kann. § 1227 setzt vielmehr ein Recht des Pfandgläubigers, also dessen, der Pfandgläubiger zu sein nachweist, voraus.

§ 1229. *Wunderlich 91 f. Einen Verfallvertrag kann, soweit er dinglich ist, nur der Eigentümer schließen, sonst auch der Verpfänder.

§ 1233. 1. *H. Lehmann, Unterlassungspflicht 38 ff. Sämtliche auf Duldung der Pfandverwertung im Vollstreckungswege lautenden Urteile stellen keine privatrechtliche Pflicht des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger und keinen zivilrechtlichen Anspruch des letzteren fest. Sie sind Feststellungsurteile. Ihr Gegenstand ist die Zulässigkeit der Vollstreckung, der Vollstreckungsanspruch gegen den Staat.

2. *Siber, IheringsJ. **50** 145 ff. Einen zur Vollstreckung in die Pfandsache führenden Schuldtitel auf Grund des Verwertungsrechts gibt es nicht. Die hier zugelassene Herbeiführung der Vollstreckung ist nur eine Form der Ausübung des Verwertungsrechts durch den Gläubiger, die Vollstreckung selbst ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit; mit dem „vollstreckbaren Titel" meint das Gesetz die urteilsmäßige Feststellung des Verwertungsrechts, die kein Vollstreckungstitel ist. Vgl. o. zu §§ 241 Ziff. 3 IV.

3. *Wunderlich 93 f., 111 f. Ein Titel gegen Schuldner oder Verpfänder genügt nicht. § 1248 schützt nicht.

§ 1235. OLG. **12** 140 (Hamburg). Derselbe Grundsatz muß auch für die Verwertung des fiduziarischen Eigentums gelten.

§ 1239. 1. *Wunderlich 32 ff. Auch der Verpfänder kann mitbieten. Sein Gebot darf nicht zurückgewiesen werden.

2. KGJ. **31** A 318 (KG.). Auf Grund des § 1239 muß allgemein der Rechtsgrundsatz anerkannt werden, daß bei öffentlichen Versteigerungen ein Mitbieten des Gläubigers nicht ausgeschlossen ist, wenigstens dann, wenn es sich um einen Pfandverkauf handelt.

§ 1244. **RG.** I 9. 10. 05, **61** 333. Im allgemeinen wird die Anwendung der im § 1244 enthaltenen Vorschrift auf das Pfandrecht an Rechten ausgeschlossen durch den § 1277 Satz 1. Raum für ihre Anwendung ist aber, wo ausnahmsweise die Befriedigung aus dem Pfandrecht an einem Rechte im Wege des Verkaufs dieses Rechtes erfolgt (§ 1295). § 1244 ist auch auf das Pfändungspfandrecht anwendbar.

§ 1247. 1. *Siber, IheringsJ. **50** 159 f. Zwangsverwertung führt zur Schulderfüllung, wenn der Eigentümer auch Schuldner ist; andernfalls, bei Realbürgschaft, hat sie gleichen Erfolg, wie die Leistung des Bürgen; nur hier kann das Pfandrecht als Haftung für eine Schuld bezeichnet werden, und zwar nur in gleichem Sinne, wie man auch die Verpflichtung des Bürgen so nennen kann.

2. R. **06** 687 (Braunschweig). § 1247 bezieht sich auch auf den Fall des § 1244.

§ 1248. *Wunderlich 101 ff. Diese Vorschrift findet auch auf das gesetzliche, nicht aber auf das Pfändungspfandrecht Anwendung.

§ 1252. *Pagenstecher, GruchotsBeitr. **50** 292. § 1252 findet auf das Pfändungspfandrecht keine Anwendung. Vgl. a. Pagenstecher zu § 804 ZPO.

§ 1254. *Wunderlich 37, 75. Der Eigentümer kann lediglich Rückgabe des Pfandes an sich oder an den Verpfänder begehren, der Verpfänder — ohne Offenlassung der Wahl — an sich.

§ 1256. Abs. 2. *Wunderlich 86, 85, 20. Abs. 2 stellt lediglich eine Fiktion auf, kein wahres Eigentümerpfandrecht.

§ 1257. OLG. **12** 141 (Hamburg). Auch wenn man § 1257 auf das Pfändungspfandrecht nicht mitbezieht, wird man nicht zweifeln können, daß dieses die Nebenrechte mitergreift, da mangels anderweiter Bestimmungen für den Umfang des Pfandrechts nur die Vorschriften des BGB. herangezogen werden können.

§ 1258. a) *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 618. Bei Anteilen an der Gesamthand steht dem Pfandgläubiger ein persönlicher Anspruch auf Einräumung der Hypothek an den seinem Schuldner zugeteilten Einzelgrundstücken zu. Die eingetragene Verfügungsbeschränkung (vgl. § 2033) hat die Bedeutung einer Vormerkung dieses Anspruchs. **b)** Abs. 2 Satz 1. Wegen der Passivlegitimation s. o. zu § 1066.

Zu §§ 1259 ff. Literatur: Starke, Das Schiffspfandrecht nach dem BGB. Borna-Leipzig 1906 (Diss.).

*Starke 51. Das Schiffspfandrecht erlischt, wenn das Schiff gemäß § 13 Abs. 2 FlaggenG. oder sonst irgendwie im Schiffsregister gelöscht wird. Es hört damit auf, ein eingetragenes Schiff zu sein, und es fehlt demnach dem Pfandrecht der ihm eigene Gegenstand.

§ 1260. *Starke 7—13. Die dem Schiffspfandrechte zugrunde liegende Forderung muß nicht notwendig eine Geldforderung sein, es genügt, daß diese Forderung eine solche ist, die in eine Geldforderung übergehen kann.

§ 1261. *Starke 43. § 1261 beabsichtigt nur die Regelung des Rangverhältnisses von Schiffspfandrechten untereinander, nicht aber des Rangverhältnisses derselben zu anderen Rechten. Hier greift § 1209 ein.

§ 1264. *Starke 21 ff. Die Anwendung des § 1210 auf das Schiffspfandrecht wird nicht durch § 1264 ausgeschlossen, vielmehr gilt § 1210 insoweit, als nicht seine Anwendung durch § 1264 beschränkt wird. § 1264 umfaßt nicht das ganze Anwendungsgebiet des § 1210. § 1264 regelt nur den Fall, wo der Betrag der Forderung und der Zinssatz im Schiffsregister eingetragen steht, findet also keine Anwendung, wo dies nicht der Fall ist z. B. beim Maximalschiffspfandrecht. Für dieses muß demnach, da hier nur der Höchstbetrag, für den das Schiff haften soll, aber nicht der Betrag der Forderung oder gar der Zinsen eingetragen wird, § 1210 gelten. Handelt es sich aber um ein gewöhnliches Pfandrecht, so wird die Anwendung des § 1210 durch § 1264 ausgeschaltet. — 37 f. Die Befriedigung des Gläubigers durch Übertragung des Eigentums ist nicht erst nach Erlangung eines Vollstreckungstitels, wie Knitschky (806) annimmt, sondern bereits von der Fälligkeit der Forderung an zulässig. Dies ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 1147 BGB., sowie aus der Erwägung, daß ein Vollstreckungstitel da keinen Wert hat, wo der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers diesen durch Eigentumsübertragung freiwillig befriedigen will. — 52 f. Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht, anders als bei der Hypothek (§ 1164), das Schiffspfandrecht nicht insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer Ersatz verlangen kann, da die Verbindung des Schiffspfandrechts mit einer neuen Forderung nicht statthaft ist.

§ 1270. Über die Stellung des Pfandhalters s. *Riezler, AcivPr. **98** 378 ff. (vgl. o. zu § 1189 Ziff. 1, 2).

§ 1272. *Starke 61 ff. Es ist nicht richtig, von einem eigentlichen Vorrange des Schiffspfandrechts vor dem Pfandrecht an der Schiffspart zu reden.

Da die Zwangsvollstreckung wegen der beiden Rechte nicht in einem und demselben, ja nicht einmal in einem gleichartigen Verfahren betrieben wird, indem das Schiffspfandrecht durch die Zwangsversteigerung des Schiffes, das Schiffspartenpfandrecht durch die Versteigerung der Schiffspart realisiert wird, so findet eine Konkurrenz der beiden Rechte überhaupt nicht statt. Daß aber das Schiffspfandrecht das stärkere Recht ist, zeigt sich darin, daß bei der Verteilung des Erlöses eines versteigerten Schiffes nur die Schiffspfandrechte Berücksichtigung finden und die Pfandrechte an Schiffsparten überhaupt nicht in Betracht kommen und daß andererseits durch eine Veräußerung der Schiffspart im Wege der Zwangsvollstreckung bestehende Pfandrechte nicht betroffen werden. Infolgedessen ist auch die Vorschrift des § 1261 nur auf das Rangverhältnis mehrerer an derselben Schiffspart bestellten Pfandrechte untereinander, aber nicht auf das von Schiffspfandrechten und Pfandrechten an Schiffsparten untereinander anwendbar.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

Zu §§ 1273 ff. *Hauser, Zwangsvollstreckung in Hypotheken. Das Pfandrecht an einem Rechte schafft ein Mitgläubigerrecht des Pfandgläubigers und seines Schuldners, und zwar nicht, weil Pfandgläubiger kein Recht am Rechte hat, sondern eben deshalb; denn jedes Pfandrecht, auch das Sachenpfandrecht, ist Recht am Rechte (66). — Pfändungspfandrecht an der Hypothek ist Pfandrecht an der Forderung, nur mittelbar auch an der Hypothek; es ist kein Afterpfandrecht am verpfändeten Grundstück, insbesondere auch kein Pfandrecht am Hypothekenbrief (62).

§ 1273. 1. Wesen des Pfandrechts. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 77/78. Daraus, daß es ein Pfandrecht an Rechten gibt, folgt, daß das Pfandrecht nicht ins Sachenrecht gehört. Es gehört in den Allgemeinen Teil und ist eine Form der Rechtsgemeinschaft, die man als ungleichartige Gemeinschaft bezeichnen kann; der Hauptberechtigte kann bei Rechten aller Art einen Pfandberechtigten als ungleichartigen Teilhaber neben sich haben.

2. PucheltsZ. **06** 84, RheinA. **102** I 117 (Cöln). Die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung und Überweisung einer Forderung zur Einziehung bewirkt nicht den Übergang der Forderung auf den Gläubiger, sondern begründet nur ein Pfandrecht. Pfändung dieses Pfandrechts ist unzulässig.

§ 1274. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 80. Der gute Glaube dessen, dem eine Hypothek zuerst verpfändet, später zediert wurde, ist nach der Zeit der Verpfändung zu bemessen.

2. Über das Verhältnis des § 399 zu § 1274 s. o. § 399 Ziff. 3.

§ 1275. HansGZ. **06** Beibl. 1 ff. § 1275 kann nicht auf das Pfändungspfandrecht bezogen werden. (JDR. **4** Ziff. 2 zu § 407.) Vgl. o. Ziff. 4 zu § 407.

§ 1276. 1. KGJ. **31** A 265 (KG.). Aus § 1276, wonach die Aufhebung oder Änderung eines verpfändeten oder gepfändeten Rechtes nur mit Zustimmung des Gläubigers zulässig ist, ergibt sich, daß sich die in einer im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Pfändung eines Erbanteils liegende Verfügungsbeschränkung des Pfandschuldners auch auf die (Mit-)Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände erstreckt. AM. Achilles-Strecker, GBO. 287.

2. Abs. 2. ElsLothJZ. **06** 8 (Colmar) o. Ziff. 2 zu § 1128.

§§ 1279 ff. Pfandrecht an Forderungen, Lebensversicherungen. *König, ZVersWiss. **6** 481. Wird eine Lebensversicherung verpfändet, so ist Objekt des Pfandrechts die bedingte Forderung auf die Versicherungssumme. Dieses Recht auf die Versicherungssumme schließt das Recht auf den Umwandelungs- und Rückkaufswert der Versicherungssumme in sich. Das Recht auf den

Umwandelungs- und Rückkaufswert einer Lebensversicherung ist nur quantitativ, nicht aber auch qualitativ etwas anderes als das Recht auf die Versicherungssumme.

Zu §§ 1281 ff. SächsRpflA. **06** 153 ff. (Dresden). Der Gläubiger, dessen Forderung vor der Klagezustellung gepfändet ist, bleibt trotzdem zur Klageverfolgung berechtigt, bloß mit der Beschränkung, daß Zahlung nur an die Pfandgläubiger verlangt werden darf.

§§ 1281, 1282. ElsLothJZ. **06** 35 (Colmar). Die §§ 1281, 1282 beziehen sich nur auf das vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrecht, nicht auch auf die arrestweise Pfändung.

§ 1282. 1. **RG.** ZBlFG. **6** 833. Die Sekuritätszession steht einer Verpfändung auch insofern gleich, als der Sekuritätszessionar, der es unterläßt, die dem Zedenten zustehenden Zinsen der ihm abgetretenen Hypothek bei der Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks zu liquidieren, für den daraus entstandenen Schaden haftbar wird.

2. BadRpr. **06** 294 (Karlsruhe). Die Bestimmungen des § 1282 sind in einem der Verfügungsmacht des Pfandgläubigers günstigen Sinne einschränkend auszulegen. Es werden daher dem Pfandgläubiger trotz des Verbots in Abs. 2 auch anderweite Verfügungen zu gestatten sein mit der Maßgabe, daß dadurch sein gleichartiger Anspruch gegen den Verpfänder bzw. Schuldner zu demjenigen Nennbetrage getilgt werde, zu welchem er über die Pfandforderung verfügt.

§ 1284. KGJ. **31** A 319 (KG.). Wenn der Pfandgläubiger außerhalb der Zwangsvollstreckung auf Grund einer Parteivereinbarung die verpfändete Forderung öffentlich versteigern läßt, ist ein Mitbieten des Gläubigers ebenso zulässig, wie bei einer Zwangsversteigerung oder einer richterlichen Gestattung des öffentlichen Verkaufs, es sei denn durch das Übereinkommen der Parteien das Gegenteil bestimmt worden.

§ 1289. OLG. **12** 287 (KG.). Die Vorschrift des Satz 1, daß sich das Pfandrecht auch auf die Zinsen miterstreckt, kann durch Vereinbarung der Beteiligten außer Kraft gesetzt werden und hat zur Voraussetzung, daß wie die Hauptforderung so auch das Zinsrecht dem verpfändenden Gläubiger gehört.

§ 1292. WürttJ. **17** 318 ff. (Stuttgart). Im Zweifel ist darin, daß Wechsel einem Gläubiger „in Depot gegeben" werden, eine Verpfändung von Wechselforderungen nicht zu erblicken.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Vorbemerkung zu Titel 1—5: Zu verschiedenen Paragraphen finden sich hier kurze Selbstberichte von Philler, während der Hauptbericht u. zu den §§ 1699 ff. aufgenommen ist. Der Bericht v. Ziegenhierds über seine beachtenswerte Abhandlung „die Schlüsselgewalt der Ehefrau" findet sich zu § 1357 Ziff. I 3. — Die Praxis war wie auch in früheren Jahren äußerst fruchtbar zu § 1300 (Begriff der Bescholtenheit), sowie zu den §§ 1353, 1357, 1360 und 1361. Besonders mag hier hingewiesen werden auf die Entscheidung des RG. vom 23. 11. 05 (§ 1353 Ziff. 2 d), nach der auch der Bruch eines in formell ungiltiger Weise gegebenen Versprechens der religiösen Kindererziehung durch den Mann die Frau zur Weigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft berechtigen kann. Wichtige Entscheidungen des RG. siehe auch zu § 1356 Ziff. 2 a und § 1357 Ziff. II 2.

Literatur zu Titel 1—5: Frohnhausen, Der Verlöbnisbruch nach dem BGB. Halberstadt 1906. — Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Berlin 1906. — von Ziegenhierd, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach altem und neuem deutschen Rechte. Leipzig 1906.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. I. Natur des zivilrechtlichen Verlöbnisses. (JDR. **4**, 3 Ziff. 1, **2** Ziff. 1—4, **1** Ziff. 2.) *Frohnhausen. Die Verlobung als Handlung und das Verlöbnis als Zustand ist nicht Vertrag (Vertragsverhältnis), sondern Sozialverhältnis, d. h. ein Verhältnis, dessen Dasein und Inhalt sich lediglich nach den Anschauungen der Gesellschaft, nicht nach Rechtssätzen bemißt. Verfehlt ist hiernach das von den Anhängern der Tatsächlichkeitstheorie zumeist aufgestellte Postulat, daß das Verlöbnis als „Willensakt" den allgemeinen Erfordernissen für Rechtsgeschäfte entsprechen müsse (Notwendigkeit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bei Minderjährigen). Aber andererseits ist nicht jedes sinn- und motivlose wechselseitige Eheversprechen (Kinder, Geisteskranke) ein Verlöbnis, sondern für das Bestehen eines solchen sind unsere sozialen Anschauungen entscheidend. Das Verlöbnis muß sich daher aufbauen auf vernünftigen, die praktische Durchführbarkeit des Eheentschlusses umfassenden Vorstellungen. Hinsichtlich des Alters kommt es auf die individuelle geistige Entwickelung an.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 9. 11. 05, JW. **06** 9, BayRpflZ. **06** 141, GruchotsBeitr. **50** 994 ff. über die rechtliche Natur des Verlöbnisses und die Anwendung der §§ 106 ff. wie **RG.** JW. **05** 638. — Ist die Genehmigung verweigert worden, so hat der Verlöbnisvertrag als ein von Anfang an unwirksamer zu gelten, der auch nicht durch Widerruf der Genehmigungsverweigerung und nachträgliche Erteilung der Genehmigung wirksam werden kann.

2. PuchéltsZ. **06** 474 (Colmar). Auf die Folgen des Rücktritts von einem vor Inkrafttreten des BGB. eingegangenen, nach dessen Inkrafttreten fortgesetzten Verlöbnisse finden die §§ 1297 ff. Anwendung. Ebenso OLG. Frankfurt, JDR. **2** Ziff. 5b.

§ 1298. I. *Frohnhausen. Durch die §§ 1298 ff. wird bereits die im Werden begriffene Ehe geschützt. Den staatlichen Schutz erhalten jedoch nur solche werdenden Ehen, deren Förderung im staatlichen Interesse liegt. Der Bruch derjenigen Verlöbnisse, bei denen die ausmündende Ehe sozial schädlich sein würde, wirkt keine Rechtsfolgen (vgl. §§ 1298 Abs. 3, 1299). — Die rechtliche Voraussetzung des „wichtigen Grundes" ist zunächst subjektiv eine Verknüpfung mit dem Vorstellungsleben des Zurücktretenden. Daneben ist erfordert eine gewisse objektive Grundlage des Rücktrittsgrundes, aber nicht, daß der Rücktrittsgrund schlechthin objektive Realität habe. Es muß ausreichen, wenn der Zurücktretende nach der konkreten Sachlage ohne Leichtfertigkeit den Eintritt des wichtigen Grundes als sicher annehmen konnte.

II. **a)** PuchéltsZ. **06** 480 ff., RheinA. **103** I 34 (Cöln). Fortsetzung des Verlöbnisses nach Kenntnis des „wichtigen Grundes" zum Rücktritte schließt späteren Rücktritt grundsätzlich nicht aus. — Darüber, wann ein „wichtiger Grund" vorliegt, aaO. 479. **b)** SeuffBl. **07** 265 ff. (Zweibrücken). Der Rücktritt von einem Verlöbnisse verlangt als empfangsbedürftige Willenserklärung kein Einverständnis der Gegenpartei, sondern nur, daß ihr Vorliegen der letzteren, wenn auch nur in konkludenter Weise, bekannt wurde.

§ 1300. I. **a)** Koppmann, JustdBl. **06** 85 ff. Eine Klage aus § 1300 BGB. ist, wenn der Streitwert mehr als 300 M. beträgt, nicht bei dem Landgerichte, sondern bei dem Amtsgerichte zu erheben. (JDR. **4** Ziff. 1, **1** Ziff. 4.) Demgemäß kann die Klage auch gemäß § 496 ZPO. zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. **b)** Kraus, BayRpflZ. **06** 313 ff.

Zur Beurkundung von Vereinbarungen des unehelichen Vaters und der unehelichen Mutter über deren Ansprüche nach §§ 847 und 1300 BGB. sind die Amtsgerichte zuständig.

II. Begriff der Bescholtenheit. (JDR. **4** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 2.) 1. **a**) *Frohnhausen. Die „Unbescholtenheit" des § 1300 fordert (entgegen § 182 StGB.) die sittliche Integrität der gesamten Persönlichkeit. **b**) **RG.** 7. 12. 05, JW. **06** 65. Unter Unbescholtenheit ist Unversehrtheit der Geschlechtsehre zu verstehen und zwar gleichmäßig in allen Ständen und Berufsklassen. Ebenso BayRpflZ. **06** 122.

2. **a**) **RG.** 2. 11. 05, SeuffBl. **06** 649 ff. Es ist nicht zu fordern, daß geschlechtliche Ausschreitungen einer Frauensperson in einem weiteren Kreise bekannt geworden sein müßten, ehe angenommen werden könnte, die Geschlechtsehre sei nicht unversehrt. Auch diejenige, die nur bei einzelnen Personen „bescholten" ist, kann die Bezeichnung einer unbescholtenen Person nicht für sich in Anspruch nehmen. — Im übrigen s. bereits JDR. **4** Ziff. 2a. **b**) **RG.** 15. 3. 06, PosMschr. **06** 41, RheinA. **102** II 109. Das Bekanntsein des unsittlichen Verhaltens gehört nicht zum Begriffe der Bescholtenheit. — Kenntnis der Verfehlung auf seiten des Bräutigams enthält nicht notwendig einen Verzicht auf Geltendmachung der Bescholtenheit. **c**) R. **06** 1320 (Cassel). Durch einen Geschlechtsverkehr, der nur den Beteiligten bekannt ist, wird eine Bescholtenheit nicht herbeigeführt.

III. HansGZ. **06** Beibl. 62, OLG. **12** 297 (Hamburg). § 1300 gewährt nur derjenigen Verlobten einen Entschädigungsanspruch, welche sich lediglich im Vertrauen auf nachfolgende Eheschließung ihrem Verlobten geschlechtlich hingegeben hat.

IV. **a**) **RG.** 17. 5. 06, JW. **06** 425. Hat die Verlobte sich auch vor dem Verlöbnisse bereits dem späteren Verlobten hingegeben, so ist es unzulässig, den Schaden grundsätzlich in denjenigen, der durch den Geschlechtsverkehr nach dem Verlöbnis, und in denjenigen, der durch den Verkehr vor dem Verlöbnis entstanden ist, zu scheiden, wohl aber ist der durch den dem Verlöbnisse vorausgegangenen Verkehr entstandene Schaden nach den Umständen des Falles bei Ausmessung des Schadens zu berücksichtigen. **b**) R. **06** 1320 (Cassel). § 1300 hat nicht gerade den durch die Beiwohnung entstandenen Schaden im Auge, sondern bezieht sich auf den dem einen Verlobten durch den Rücktritt des anderen erwachsenen Schaden.

§ 1301. 1. *Frohnhausen. Ein Anspruch auf Herausgabe der Brautbriefe kann auf § 1301 mittels Analogie gegründet werden. Indem das Gesetz im § 1301 einen eigenartigen Konditionsfall schuf, geht es von dem Gedanken aus, nach der Auflösung des Verlöbnisses einen möglichst vollständigen Ausgleich herbeizuführen. Wegen Verschärfung des Grundes muß der Obersatz auch auf die Brautbriefe übertragen werden. Denn bei ihnen handelt es sich nicht, wie bei den Schenkungen, um unpersönliche Leistungsakte. Das Verlangen der Herausgabe wird daher von den berechtigten Empfindungen des Verlobten getragen. AM. David, JDR. **1** Ziff. 3.

2. OLG. **12** 298, SeuffA. **61** 274 (Hamburg). Nicht jeder Aufwand, den ein Verlobter gemacht hat, um sich dem anderen gefällig oder freundlich zu erweisen, fällt unter den Begriff eines Geschenkes.

§ 1302. FrankfRundsch. **40** 168 ff. (Frankfurt). Die Verjährung der in den §§ 1298—1301 bestimmten Ansprüche beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der ernstliche Entschluß eines Verlobten, von dem Verlöbnisse zurückzutreten, dem anderen bekannt geworden ist und endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der zweijährigen Frist, falls dieser aber auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, mit dem Ablaufe des nächsten Tages (s. aber auch o. zu § 193 Ziff. II 1).

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1303. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Die Ehe ist zugleich Staatsakt und Privatrechtsgeschäft, deren Überwiegen übereinander streitig bleibt. Sie ist ein Rechtsgeschäft eigener Art.

§ 1305. I. Kopicki, PosMschr. **06** 70 f. Ein von einer Minderjährigen ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenes Verlöbnis wird nicht dadurch rechtsgültig, daß dieser es nachträglich, nachdem der andere Teil sich schon anderweit verheiratet hat, genehmigt, denn ein nicht vorhandener Vertrag kann nicht genehmigt werden. Im entgegengesetzten Sinne entschied die Frage das LG. Konitz.

II. **a**) LG. München I, BayRpflZ. **06** 167. Die Einwilligung nach § 1305 muß den anderen Verlobten bezeichnen. **b**) AG. Dortmund, Standesa. **06** 128. Die väterliche Einwilligung zur Eheschließung ist auch dann erforderlich, wenn dem Vater die elterliche Gewalt entzogen worden ist.

§§ 1305—1308. Örtel, Erfordernis der elterlichen Einwilligung, Standesa. **06** 3. Fällt der Grund, aus dem der berechtigte Elternteil zur Abgabe der Erklärung außerstande war, weg, oder wird sein Aufenthalt nachträglich bekannt, so lebt sein Einwilligungsrecht wieder auf.

§ 1308. Örtel, Standesa. **06** 2 ff., 13 ff. u. 28 ff. Gerechtfertigt ist die Versagung dann, wenn die Erteilung der Einwilligung zwar im Interesse des Kindes liegen, aber dem Interesse der Eltern widerstreiten würde, z. B. wenn die Annahme berechtigt erscheint, daß durch die Begründung des eigenen Hausstandes das Kind nicht mehr in der Lage sein würde, seine hilflosen Eltern ausreichend zu unterstützen.

§ 1310. 1. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. Jur. Ges. für Hagens 218. Für die infolge von § 1732 — der § 1310 Abs. 1 erwähnt — wichtige Frage, wann das Kind erzeugt ist, ist die Vorschrift des § 1717 Abs. 2 entscheidend; der Ansicht, es sei in jedem Falle der Umfang der Empfängniszeit nach freiem Ermessen festzusetzen, kann nicht beigepflichtet werden.

2. Abs. 2 u. 3. *Küttner, JheringsJ. **50** 420—428. Uneheliche Vaterschaft im Sinne des Abs. 3 liegt nur bei wirklicher physiologischer Abstammung vor. Kann die wirkliche Vaterschaft nicht bewiesen werden und liegt lediglich die Möglichkeit der unehelichen Vaterschaft vor, so besteht nur das aufschiebende Ehehindernis der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft aus Abs. 2, nicht aber das trennende Ehehindernis der außerehelichen Verwandtschaft aus Abs. 3. Die Nichtigkeitsklage (§ 1327) verlangt den Nachweis der wirklichen physiologischen Abstammung des unehelichen Kindes von dem als Vater Benannten.

§ 1312. Francke, ACivPr. **98** 447. § 1312 ist auch bei Aufhebung ehelicher Gemeinschaft (§ 1586, s. näheres dort) anwendbar, weil der Gedanke des Gesetzgebers, es solle den Ehebrechern wenigstens nicht regelmäßig als Lohn die Möglichkeit der Ehe winken, hier ebenso wie im Falle der Scheidung zutrifft. Praktisch wird die Frage der Anwendbarkeit, wenn der unschuldige Ehegatte gestorben ist, weil dann das Ehehindernis des § 1309 wegfällt.

§ 1314. 1. RJA. **7** 6 ff. (KG.). Es ist unzulässig, eine Pflegschaft anzuordnen, lediglich zu dem Zwecke, um zu ermitteln, ob derjenige, welcher die Erteilung eines Zeugnisses zum Zwecke der Wiederverheiratung beantragt, Vermögen verwaltet, in Ansehung dessen zwischen ihm und dem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde eine Gemeinschaft besteht.

2. Nach einer Verordnung des preuß. Ministers des Innern v. 27. 11. 05 (Standesa. **06** 1) ist ausländischen Verlobten die Beibringung einer Bescheinigung über die Erfüllung der Auseinandersetzungsverpflichtung gemäß § 1314 unter keinen Umständen abzufordern.

§ 1318. Seibert, Standesb. **06** 5. Die zur Eheschließung zugezogenen Zeugen sind weder Urkundszeugen noch Beweiszeugen, sondern Solennitätszeugen.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1323. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Der Nichtigkeit im Sinne der §§ 1323 ff. und 1699—1704 ist nur die eingetragene formgültige (§ 1317) Ehe fähig. Die formlos geschlossene Geschlechtsverbindung des § 1324 ist ein rechtliches Nichts, daher der Ausdruck „nichtig" für diese falsch. — Eine nichtige, „an sich" nicht vollgültige Ehe ist kein rechtliches Nichts, sondern kraft Gesetzes bis zur Nichtigerklärung voll wirksam, da vor dieser ihre inneren Mängel rechtlich belanglos bleiben. Daher ist eine vollgültige Ehe zwar nicht „im Rechtssinne" (Endemann), wohl aber im Gesetzessinne vorhanden. Die entgegengesetzte Auffassung führt zu dem Ergebnis, daß die Eintragung — sonst der Schutz gegen ein rechtliches Nichts und Voraussetzung für „formalen Bestand" und „vorab vorhandene Geltung" — für eine formgültige, aber nichtige Ehe wesentliches Erfordernis nicht sei (Endemann), daß die „Unehelichkeit" (ebenso Cosack) mit der Geburt beginne, daß der Vater elterliche Gewalt „niemals gehabt" und „zu Unrecht ausgeübt habe".

§ 1326. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Die Gültigkeit der 2. Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils der 1. Ehe ist gesetzlich begründet und durch Bedürfnis geboten. Die diese Frage übergehenden §§ 1323—1335 entscheiden nicht die Gültigkeit der 2. Ehe gegenüber § 1326, schließen diese daher nicht aus (anders Scherer). Unbeschadet der übrigen Folgen der Urteilsaufhebung bleibt das 1. Eheband getrennt, das 2. gültig. Die Vertreter der Ungültigkeit der 2. Ehe überschreiten noch die Motive. Diese entscheiden, ohne Erörterung oder Lösung der Frage, ob das Aufhebungsurteil Feststellung oder Wiederherstellung sei, die 1. Ehe sei als fortbestehend anzusehen. Das Aufhebungsurteil ist konstitutiver Staatsakt. Die durch das Scheidungsurteil geschaffene Rechtslage und die neu erstandenen Rechte bilden einheitlich den Rechtszustand vor der Aufhebung. Seine Aufhebung durch Wiederherstellung der 1. Ehe widerspricht jedoch, mangels ausdrücklicher Zulassung, dem (von Hellwig erwiesenen) Prinzip des BGB. von der Beschränkung der Rückwirkung konstitutiver Staatsakte. Die begriffliche Vereinbarkeit der Aufhebung des Scheidungsurteils mit der bleibenden Trennung des alten Ehebandes folgt aus dem allein maßgebenden gesetzlichen Begriff der Aufhebung — auf Grund jenes Prinzips. Heute ist die restitutio Parteizweck der Aufhebungsklage, früher war sie wesentlicher Inhalt der Restitutionsklage. Die Aufhebungsklage ist nicht mehr Restitutionsklage, formalistisch daher der Widerspruch zwischen dem Durchdringen der „Restitutions"-Klage und der Ablehnung der Restitution. — Die Motive unterdrücken die Bedürfnisfrage, vermeiden sowohl Erwägung wie Entscheidung über den Wert der Erhaltung neuer Ehen gegenüber der dauernden Trennung bereits geschiedener und lehnen gleichwohl die sonst ohne weiteres zugelassene „Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze durch eine positive, zudem kasuistische und für seltene Fälle berechnete Bestimmung" zugunsten der Gültigkeit der 2. Ehe ab, eine bedenkliche Willkür und angesichts zahlreicher anderer, für seltene Fälle berechneter Sonderbestimmungen, eine Verkennung des Begriffs Kasuistik.

§ 1333. 1. **a)** **RG.** 5. 2. 05, JW. **06** 167. Für die Frage, ob der geltend gemachte Anfechtungsgrund (Unfähigkeit zur Beischlafsvollziehung) geeignet ist, die Nichtigkeitserklärung der Ehe zu rechtfertigen, kommt es darauf an, ob dieser Anfechtungsgrund zur Zeit der Erhebung der Klage gegeben ist. **b)** Bay. RpflZ. **06** 190 (Zweibrücken). Nur ein dauerndes, auf Impotenz beruhendes

Beischlafsunvermögen, nicht eine durch vorübergehendes Leiden verursachte Unfähigkeit kann eine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 bilden. **c)** RG. 11. 4. 06, JW. **06** 389. Der trotz ungeschmälerter Beiwohnungsfähigkeit von jeher bestehende Mangel der Fortpflanzungsfähigkeit des einen Ehegatten stellt bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe nicht eine solche persönliche Eigenschaft dar, die den anderen Ehegatten ohne weiteres und unter allen Umständen von der Eingehung der Ehe bei Kenntnis der Sachlage abgehalten haben würde.

2. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 255 (Hamburg). Erfährt ein Ehemann erst nachträglich, daß die Frau in ihrer früheren geschiedenen Ehe sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, so ist er zur Anfechtung aus § 1333 berechtigt. **b)** Wie OLG. Cassel, IDR. **4** Ziff. 2c auch OLG. Colmar, R. **06** 1377.

§ 1337. 1. Abs. 1 Satz 2. KGJ. **32** A 28 ff. (KG.). Die vom Vormunde verweigerte Genehmigung der Eheschließung des Mündels kann durch das Vormundschaftsgericht auch dann ersetzt werden, wenn die Vormundschaft von der Mutter des Mündels geführt wird. Die Genehmigung kann noch erfolgen, nachdem die Vormünderin die Anfechtungsklage erhoben hat.

2. R. **06** 1377 (Colmar). Eine die Anfechtung ausschließende Bestätigung der Ehe kann stillschweigend, formlos, aber jedenfalls nicht vor Entdeckung des Irrtums durch den über die persönlichen Eigenschaften des anderen Ehegatten Irrenden erfolgen. Ob in einer kurzen Fortsetzung der Ehe nach Entdeckung des Irrtums eine Bestätigung liegt, hängt von den Umständen ab.

§ 1339. **a)** RG. 11. 4. 06, JW. **06** 355. Die Frage, ob die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben ist, ist vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. **b)** R. **06** 54 (Colmar). Eine Entdeckung des Irrtums des anfechtungsberechtigten Ehegatten über die im § 1333 näher bezeichneten persönlichen Eigenschaften des anderen Ehegatten liegt nicht schon bei einer bloßen unbestimmten Vermutung des Anfechtungsberechtigten, sondern erst dann vor, wenn er von seinem Irrtum überzeugt ist und sich im Besitze so triftiger Gründe und Beweismittel für seine Überzeugung befindet, daß er auf sie mit Aussicht auf Erfolg die Anfechtungsklage stützen kann.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Die für die Nichtigkeit (desgl. § 1350), im Gegensatz zu §§ 1324 ff., wesentliche subjektive Kenntnis beider Gatten von dem Überlebenden begründet, sehr kompliziert, Bösgläubigkeit im Sinne von §§ 1699—1704 erst, wenn außerdem jeder Gatte um die Kenntnis des anderen und um ihre rechtliche Bedeutung wußte. (Nach Planck § 1699 Note 6 genügt beiderseitige Kenntnis des Überlebens.)

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§ 1353. 1. **a)** OLG. **12** 315 (Celle). Der Umstand, daß der Kläger die Absicht gehabt hat, eine Scheidung der Ehe herbeizuführen, hindert nicht anzunehmen, daß er, überzeugt, nach Maßgabe des geltenden Rechtes eine Lösung der Ehe nicht erreichen zu können, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben hat, in der ernstlichen Absicht, nun wenigstens sein ehemännliches Recht auf Verwirklichung des durch das eheliche Verhältnis gebotenen Zustandes durchzusetzen. **b)** WürttJ. **18** 183 ff. (Stuttgart). Es ist nicht als ein Mißbrauch des Rechtes aufzufassen, wenn ein Ehegatte, falls ihm die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ohne Grund verweigert wird, das Recht auf Scheidung verfolgt und in der Absicht, später Scheidung zu begehren, zunächst zur Feststellung der unbegründeten Weigerung des anderen Ehegatten die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Wege der Klage verlangt, wenn er auch die Herstellung

deshalb nicht in Aussicht nimmt, weil der andere Ehegatte seine fordauernde Weigerung bestimmt ausgesprochen hat (vgl. IDR. 4 Ziff. II 2f). c) RG. 5. 4. 06, R. 06 621. Derjenige Ehegatte, der durch Verletzung der ehelichen Pflichten — wenn sie auch den Tatbestand des § 1568 nicht erfüllt (vgl. RG. IDR. 3 Ziff. 2) — dem anderen Ehegatten einen begründeten Anlaß zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gegeben hat, kann die Wiederherstellung nicht eher fordern, bis er eine gewisse Gewähr durch sein Verhalten dafür geboten hat, daß die Wiederaufnahme des getrennt lebenden Ehegatten und die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm in solcher Weise zu erwarten ist, wie sie dem Wesen der Ehe entspricht. (Vgl. auch KG. IDR. 1 Ziff. 9b a. E.) d) RG. GruchotsBeitr. 50 664, bereits IDR. 4 Ziff. II 1 b.

2. Abs. 2. a) Das Urteil des OLG. Hamburg (IDR. 4 Ziff. II 2c) hat das RG. 23. 10. 05, HansGZ. 06 Beibl. 128 (auch bereits IW. 05 722, IDR. 4 Ziff. II 2 d) aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das RG. hält eine Prüfung darüber für erforderlich, ob die beklagte Ehefrau nach den obwaltenden Umständen verpflichtet ist, dem Kläger die Beiwohnung zu gestatten, und ob, auch wenn die Gefahr naheliege, daß der Kl. auch nach Wiederausbruch seiner Krankheit die Bekl. nicht schonen werde, ihr dennoch zugemutet werden muß, sich dem Kl. wieder hinzugeben. b) RG. 19. 4. 06, R. 06 687. Das Verlangen auf Herstellung des ehelichen Lebens seitens des Ehemanns stellt sich als Mißbrauch seines Rechtes dar, solange er mit einer Haushälterin zusammenwohnt und mit dieser, wenn auch nicht im ehebrecherischen Verkehr, so doch in solchen Beziehungen steht, daß die Ehefrau an diesem Verhältnis gerechtfertigten Anstoß nehmen kann. (Vgl. OLG. Dresden, IDR. 2 Ziff. 2b.) c) RG. SeuffA. 61 174. Hat der Kläger nicht die ernstliche Absicht, mit der Beklagten nach deren Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft das eheliche Zusammenleben in einer dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Weise wieder aufzunehmen und fortzusetzen, so stellt sich sein Verlangen nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar. (Vgl. DIR. 4 Ziff. II 2f.) d) RG. 23. 11. 05, IW. 06 21, BayRpflZ. 06 142, SeuffA. 61 151 ff., DIZ. 06 202, WürttI. 18 173 ff. Der Bruch des (in formell ungültiger Weise gegebenen) Versprechens der religiösen Kindererziehung durch den Mann kann einen Grund zur Verweigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft für die Frau bilden. Denn es kann der Ehemann einen Mißbrauch seines Rechtes im Sinne des Abs. 2 begehen, wenn er von der Ehefrau fordert, daß sie, obwohl er sie dadurch, daß er auf Ausübung des Erziehungsrechts in seinem Sinne bestehen will, schwer kränkt und verletzt, doch zu ihm zurückkehrt. e) RG. 5. 4. 06, IW. 06 336, SeuffA. 61 321. Der Mißbrauch des Rechtes ist von Amts wegen zu prüfen. Ebenso bereits RG. IDR. 1 Ziff. 3.

§ 1354. 1. *Nadelhoffer, Einfluß familienrechtlicher Verhältnisse auf die Staatsangehörigkeit 8 ff. sieht in dem Rechte des Mannes eine Art Erziehungsgewalt, aus der er den Einfluß der Ehe auf die Staatsangehörigkeit der Frau ableitet.

2. KG., IDR. 4 Ziff. 2b, jetzt auch RIA. 6 19, SeuffA. 61 405 ff.

3. Abs. 2. Vgl. u. § 1634 Ziff. 3b.

§ 1356. 1. RG. (Strafs.) GoltdA. 53 164. Eine rechtliche Verpflichtung zur Verhinderung des Unzuchtsbetriebs in seinem Hausstande liegt nicht nur dem Hausherrn, sondern gemäß der durch § 1356 für die Ehefrau begründeten Rechte und Pflichten zur Leitung des gemeinsamen Hauswesens auch der Hausfrau ob.

2. Abs. 2. a) RG. 8. 10. 06, IW. 06 752. Bei der Frage, ob und in welchem Umfange die Frau in einem gegebenen Falle zu Dienstleistungen für das Geschäft des Mannes verpflichtet ist, handelt es sich um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, die dem subjektiven Ermessen weiten Spielraum läßt, und ihre Beantwortung ist in erster Linie Sache der beiden Ehegatten selbst. Sind

sie darüber einverstanden, daß die Frau für gewisse Dienste ein Entgelt vom Manne erhalten soll, wird insoweit eine Verpflichtung der Frau im Sinne von Abs. 2 nicht für gegeben erachtet und der Charakter als Schenkung ist für die vom Manne der Frau gewährte Vergütung ausgeschlossen. **b**) SächsOVG. **9** 82. Von „Arbeiten" der Frau „im Geschäfte des Mannes" kann dann keine Rede sein, wenn die Ehefrau in einem selbständigen Arbeitsverhältnis zu dem gemeinschaftlichen Arbeitgeber steht.

§ 1357. I. 1. (Vgl. JDR. **4** § 1357 Ziff. 1, §§ 1360, 1361 Ziff. I 1, 683 Ziff. 3.) *Brückmann, Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau, JW. **06** 76 ff., wendet sich gegen die Anwendung des § 1357. Annahme und Zuziehung des Arztes gehören ihrem Wesen nach nicht zu den leicht beweglichen, von allerhand unberechenbaren und typisch im Haushalt nicht im voraus zu bestimmenden Augenblickserwägungen beeinflußten Schlüsselgewalt-Geschäften. Auch fällt das Geschäft weder in den Wirkungskreis der Frau, noch besonders in ihren häuslichen Wirkungskreis. Es liegt ureigentlichster ehemännlicher Verwaltungsbezirk vor. Auch ist die Frau nur „berechtigt", Geschäfte des Mannes zu besorgen; sie muß nicht. In erster Linie wird die Interessensphäre des Mannes berührt: seine Unterhaltspflicht. Ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben (s. besonders Ullmann und Meyer, JDR. **4** §§ 1360, 1361 zu I 1), so kann von § 1357 überhaupt keine Rede sein. Nach § 1357 wäre der Mann u. U. verpflichtet, zwölf oder mehr von hysterischen Frauen herbeigezogene Ärzte zu bezahlen. Auch der Abs. 2 Satz 3 i. V. mit § 1435 sprechen gegen den § 1357. Solange wie möglich ist daher von § 1357 abzusehen; in einzelnen besonderen Fällen (bei plötzlichen brennenden Krankheitsereignissen, besonders der Kinder) kann er zutreffen. — S. ferner o. zu § 683 Ziff. 1.

2. *Riezler, ACivPr. **98** 377 f. Soweit die Frau (auch die minderjährige) innerhalb des Umfangs ihrer Schlüsselgewalt im Namen des Mannes Willenserklärungen abgibt (vgl. dazu § 1357 Abs. 1 Satz 2), ist sie Vertreterin des Mannes kraft Gesetzes. Das schließt aber innerhalb dieses Bereichs die eigene Handlungsfähigkeit des Mannes keineswegs aus, so daß tatsächlich Mann und Frau konkurrierend oder kollidierend in derselben Sache handeln können.

3. *v. Ziegenhierd, Schlüsselgewalt 56 f. a) Auch wenn durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO. das Getrenntleben der Ehegatten gestattet worden ist, ist die Schlüsselgewalt im Verhältnis zu Dritten nicht ohne weiteres als erloschen anzusehen. AM. Dreyer R. **01** 307, SeuffBl. **05** 181 (München) und LG. Kiel, vgl. JDR. **4** Ziff. 2c.

b) α. Der Richter ist durch die landesrechtliche Bestimmung, daß dem Manne das Recht zur Gesindemiete, abgesehen von weiblichen Dienstboten, zustehe, der Prüfung nicht überhoben, ob im Einzelfalle nicht doch auch beim männlichen Gesinde die Frau zum Abschluß des Vertrags gemäß § 1357 berechtigt gewesen sei (81). Vgl. hierüber Rosenfeld, JDR. **1** Ziff. 3. β. (84 ff.) →→ daselbst muß es statt „Gruppe C" „Gruppe D" heißen. ←← Wenn auch nach verschiedenen Gesindeordnungen (z. B. Preußen, Sachsen, Anhalt, Braunschweig, Koburg-Gotha, Rudolstadt, Sondershausen) der Mann das von der Frau angenommene weibliche Gesinde nach verflossener gesetzmäßiger Dienstzeit, ohne Rücksicht auf die vertragsmäßig bestimmte, nach vorgängiger Aufkündigung entlassen kann, so kann doch in grundloser Kündigung eine mißbräuchliche Beschränkung der Schlüsselgewalt liegen, sofern nur der Abschluß des Gesindevertrags überhaupt noch innerhalb der Schlüsselgewalt gelegen hat. Ob jedoch die Beschränkung tatsächlich mißbräuchlich war, ist Frage des Einzelfalls. (AM. SächsOLG. **22** 193 (Dresden), das das Vorliegen einer Beschränkung solchenfalls überhaupt verneint.)

c) 87. Die Schlüsselgewalt berechtigt die Frau nicht, hinsichtlich der Ge-

schäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, selbständig Prozesse zu führen. (AM. v. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts 473, und Rosenfeld, Schlüsselgewalt 47.)

d) 92 ff. § 1357 Abs. 1 Satz 2 enthält keine Vermutung im technischen Sinne, sondern einen rein materiellen Rechtssatz, durch den der gutgläubige Dritte ein wirkliches, nicht nur vermutetes Recht erhält. (AM. die herrschende Literatur, die in ihm eine Vermutung, eine Auslegungsregel oder auch eine Dispositivvorschrift erblickt.)

e) 119 ff. Weder durch Ehevertrag, noch überhaupt durch Vertrag kann die Schlüsselgewalt ganz oder teilweise ausgeschlossen werden und zwar weder im Verhältnis zu Dritten, noch auch im Verhältnis der Ehegatten zueinander. (Schwankend die bisherige Literatur; vgl. jedoch **RG.** JW. **05** 435/436.)

II. Aus der Praxis. 1. KG. 5. 4. 06, RJA. **7** 168, KGJ. **32** A 34 ff., geht nicht soweit, zu sagen, daß das Vorhandensein einer häuslichen Gemeinschaft für die Fortdauer der Schlüsselgewalt nach außen hin nicht wesentlich sei (so Menzel, JDR. **2** Ziff. 1), weil die Schlüsselgewalt von dem Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Hauswesens abhänge. Ein gemeinschaftliches Hauswesen sei aber nicht nur bei Zusammensein der Eheleute in derselben Wohnung denkbar. Die Entscheidung, ob das Hauswesen der Frau ein gemeinschaftliches Hauswesen der Eheleute ist, und ob die Frau für ihren Wirkungskreis in diesem Hauswesen die Schlüsselgewalt hat, hänge von der Willensrichtung des Mannes und den konkreten Umständen ab. (Vgl. auch JDR. **4** Ziff. 2c u. **1** Ziff. 1 sowie o. Ziff. I 3.)

2. **RG.** 31. 5. 05, **61** 78 ff. Nur der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens und die damit zusammenhängende äußere Lebensführung der Ehegatten, nicht aber eine Lebenshaltung wie sie in Rücksicht auf das Einkommen des Mannes beschaffen sein müßte, in Wirklichkeit aber nicht beschaffen ist, kennzeichnen nach Inhalt und Umfang den häuslichen Wirkungskreis der Frau und damit gleichzeitig die Grenzen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht (81). Verteidigt sich der Mann gegenüber einer Klage aus § 1357 mit der Behauptung eines Mißbrauchs der gesetzlichen Vertretungsmacht, indem er eine übermäßige Vervielfältigung an sich zulässiger Anschaffungen behauptet, so ist es seine Sache, nicht allein die Tatsache des Mißbrauchs, sondern zum mindesten auch dessen Erkennbarkeit für den anderen Vertragsteil nachzuweisen (83).

3. RheinA. **102** I 29, DJZ. **06** 212 (Cöln). Wenn sich die von ihrem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau Wohnung und Beköstigung verschafft, so gehört dies nicht zu ihrem häuslichen Wirkungskreise im Sinne des § 1357.

4. Ausschließung der Schlüsselgewalt. **a**) RJA. **7** 162 ff. (KG.). Die Ausschließung der Schlüsselgewalt erfolgt nicht durch eine Eintragung im Güterrechtsregister, sondern durch Erklärung des Mannes gegenüber der Frau, welche unter Anwesenden sofort, unter Abwesenden nach § 130 wirksam wird. Jede andere Art der Ausschließung, etwa durch Erklärung gegenüber einem Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung würde gegen den Grundsatz des § 1353 verstoßen, daß die Eheleute einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. **b**) Veröffentlichung der Aufhebung der Schlüsselgewalt OLG. **12** 300 (Hamburg) wie **RG.** JDR. **4** Ziff. 2 a

Zu §§ 1360, 1361. 1. **a**) ThürBl. **53** 83 (Jena). § 1360 bringt nur zum Ausdruck, daß die Unterhaltsgewährung durch Naturalleistungen in der ehegemeinschaftlichen Wohnung die regelmäßige Form zu bilden hat. Die Zulassung eines Anspruchs auf Geldrente im Falle des § 1361 Abs. 1 erscheint danach nicht als eine — keine analoge Anwendung zulassende — Ausnahme von der im § 1360 Abs. 3 Satz 1 enthaltenen Regel, sondern als ausdrückliche Ordnung

eines von denjenigen Fällen, in denen die regelmäßige Art, in der bei der ehelichen Gemeinschaft der Unterhalt gewährt wird, durch besondere Umstände unmöglich gemacht ist. **b)** SchlHolstAnz. **06** 42, SeuffA. **61** 322, OLG. **12** 301 (Kiel). Der im § 1361 erwähnte Fall ist nicht der einzige, in dem der Unterhalt der Ehegatten nicht in Naturalleistungen, sondern in einer Geldrente zu gewähren ist, vielmehr kann auch der nach § 1360 Abs. 3 zu gewährende Unterhalt unter Umständen in einer Geldrente bestehen. AM. Neumann, Handausg. II 753. (Vgl. auch JDR. **2** u. **4** Ziff. II 2 c.) **c)** OLG. Colmar, JDR. **4** Ziff. II 2 a jetzt auch ElsLothJZ. **06** 116, OLG. **12** 301. **d)** Über die Unterhaltspflicht von in Deutschland wohnenden ausländischen Ehegatten SeuffA. **61** 196 (Hamburg), bereits JDR. **3** Ziff. 3 d.

2. **RG.** 8. 3. 06, JW. **06** 307. Neben den §§ 1360, 1361 gilt auch während der Dauer eines Eheprozesses der § 1361. Der Ehemann kann den während des Eheprozesses gezahlten Unterhalt nicht nach Beendigung des Scheidungsprozesses zurückfordern.

3. BadRpr. **06** 223 (Karlsruhe). Die Unterhaltspflicht des Ehegatten besteht auch dann, wenn sein Erwerb für den beiderseitigen standesgemäßen oder notdürftigen Unterhalt nicht völlig ausreicht. (Vgl. JW. **04** 294, JDR. **3** Ziff. 3 zu §§ 1360, 1361.)

4. OLG. **12** 300 (Dresden). Die Verpflichtung zur Geldalimentation ist erst recht begründet, wenn der Unterhaltspflichtige die Gemeinschaft grundlos verweigert, mag sie solchenfalls aus § 1360 Abs. 3 oder aus § 1361 herzuleiten sein. (Ebenso **RG.**, JDR. **4** Ziff. II 2 b.)

5. HansGZ. **06** Beibl. 154 (Hamburg). Nach den §§ 1360, 1361 kommt es nicht auf den augenblicklichen Verdienst des Mannes, sondern auf seine Erwerbsfähigkeit an.

6. **RG.** 28. 9. 05, GruchotsBeitr. **50** 688 bereits JDR. **4** Ziff. II 1 a.

§ 1360. *v. Baligand, Ehevertrag 52—55. Unterhaltsverträge unter Ehegatten sind in verschiedener Weise zulässig (vgl. dagegen JDR. **4** Ziff. II 1 a, b zu §§ 1360, 1361 u. **RG. 61** 53), insbesondere ist der Unterhaltsanspruch der Frau trotz § 1614 verzichtbar, soweit sie aus ihren Vorbehaltseinkünften für ihren standesmäßigen Unterhalt sorgen kann.

§ 1361. a) SchlHolstAnz. **06** 117 (Kiel). Eine die eheliche Gemeinschaft verweigernde Frau ist zur Gewährung einer Unterhaltsrente an den Mann nach § 1361 nur verpflichtet, wenn ihre Weigerung berechtigt ist oder wenn dem Manne ein Verweigerungsrecht zusteht. Anderenfalls bleibt dem Manne nur die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft. **b)** OLG. **12** 302, R. **06** 444 (Braunschweig). Verweigert die auf Unterhalt klagende Ehefrau die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft auch ihrerseits, so beruht die Trennung der Gatten auf deren übereinstimmenden Willen. Um dann einen Unterhaltsanspruch der Frau zu begründen, muß nach § 1361 eins von beiden nachgewiesen werden: entweder, daß sie ein Recht hat, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, oder daß ihr die Aufgabe ihrer Weigerung nichts nützen würde, weil der Beklagte zur Weigerung berechtigt sei. **c)** R. **06** 1138 (Frankfurt). Die Geldrente aus § 1361 kann nicht für die Zeit vor der Rechtshängigkeit des ihre Zubilligung bezweckenden Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung verlangt werden.

§ 1362. OLG. **12** 303, KGJ. **32** A 176 ff., SchlHolstAnz. **06** 171 (KG.). Das Güterrechtsregister ist nicht bestimmt zur Widerlegung der praesumtio Mutiana. Inwieweit die Erklärung der Eheleute selbst im Ehevertrage die Eigentumsvermutung des § 1362 zu widerlegen geeignet ist, ist eine Tatfrage des einzelnen Falles. (S. o. zu § 1006 Ziff. 1.)

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an bedeutsamen Erscheinungen ist wohl noch geringer als im Vorjahre. Aus der Literatur sind mit Ausnahme der Preisschrift „Der Ehevertrag“ (v. Baligand) und der Darstellung der Errungenschaftsgemeinschaft nach württembergischem Recht und nach Reichsrecht von Faber, ACivPr. **99** 161 ff., nur wenig kleinere Aufsätze zu erwähnen. Das groß angelegte Werk von Wieruszowski ist bisher nicht weiter gediehen.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1363. 1. *v. Baligand, Der Ehevertrag 65 ff. Nutznießung oder Verwaltung können durch Ehevertrag nicht getrennt eingeräumt werden. So die herrschende Meinung gegen Opet, Vorbem. 2 vor § 1418. Bollenbeck, R. **04** 32.

2. *Jacusiel, Nutzungsrecht am Handelsgeschäft 77 ff. Das Recht der Verwaltung und das Recht der Nutznießung bilden kein einheitliches Recht, das sich nach zwei Seiten äußert, sondern sind zwei völlig gleichberechtigt nebeneinander stehende Rechte, die jedes für sich ohne das andere bestehen können. — Die Nutznießung ist kein dingliches Recht, überhaupt kein Vermögensrecht, sondern ein absolutes, dem Familienrechte entspringendes Recht, das dem Berechtigten die Früchte eines bestimmten Vermögens gewährt, dagegen ihm bestimmte Lasten auferlegt und ihn zu gewissen Sicherheitsleistungen verpflichten kann. Das Gesetz gewährt es, um dem Berechtigten zu ermöglichen, gewissen Verpflichtungen nachzukommen, ohne es entsprechend zu begrenzen. — Die Nutznießung unterscheidet sich vom Nießbrauch wesentlich dadurch, daß die Nutznießung als solche weder ein Verwaltungs- noch ein Verfügungsrecht gewährt.

§ 1366. *Jacusiel, Nutzungsrecht am Handelsgeschäft 84 ff. Ein Handelsgeschäft der Frau gehört nicht zu den ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen. Ebensowenig kann diese Vorschrift analog auf das Handelsgeschäft ausgedehnt werden. (AM. Dernburg, BGB. IV 130 ff.; vgl. dagegen Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht (2) 7 ff. und **RG. 59** 35.)

§ 1367. *Jacusiel, Nutzungsrecht am Handelsgeschäft 83 ff. Eingebrachtes Gut ist auch das als selbständig betriebenes Erwerbsgeschäft bezeichnete Geschäft. § 1367 bestimmt nur, daß der Erwerb aus einem solchen Geschäft Vorbehaltsgut, d. h. der Verwaltung und Nutznießung des Mannes entzogen sein solle, nicht die Substanz, also nicht die zum Geschäft gehörigen Gegenstände. Schafft die Frau aber nach Veräußerung solcher Gegenstände neue an, so werden diese Vorbehaltsgut, da sie einen Erwerb darstellen und § 1367 jeden Erwerb, nicht nur den Gewinn betrifft. — Selbständig betrieben ist jedes Handelsgeschäft der Frau, das auf ihren Namen geht. Wie weit sie persönlich tätig ist, ist unerheblich. — Unter unselbständigem Betrieb im Gegensatz dazu ist nicht der Fall zu denken, daß der Mann auf den Namen der Frau ein Handelsgeschäft auf ihre Rechnung betreibt — denn dazu ist er nach § 1375 BGB. nicht berechtigt —, sondern daß die Frau im Geschäfte des Mannes tätig ist. — Gibt die Frau dem Manne Vollmacht, so handelt es sich nicht mehr um die immer auf Gesetz beruhende Nutznießung, sondern um Privatvertrag. — Der selbständige Betrieb des § 112 BGB. ist mit dem des § 1367 BGB. nicht identisch, da die Frau nicht wie der Minderjährige geschäftsbeschränkt ist. Für sie kann nicht der Mann, wie der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen, das Geschäft in ihrem Namen führen. Vgl. IDR. **1**, **3**, **4**.

§§ 1366, 1367. 1. *v. Baligand 58 f. Für die Gegenstände des § 1366 kann ein Ehevertrag überhaupt nicht in Betracht kommen; denn sobald

sie nicht mehr zum ausschließlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, werden sie auch ohne Vertrag Eingebrachtes. (Gegen die Kommentare, s. auch JDR. 1 Abs. 3.)

2. KGJ. 32 A 192 (KG.) Die zum Betriebe des Erwerbsgeschäfts der Frau dienenden Sachen werden nicht ohne Ehevertrag Vorbehaltsgut. (Gegen Dernburg, Hachenburg, Schefold).

3. DJZ. 06 210 (Braunschweig). § 1367 beseitigt nicht die Verpflichtung des Ehemanns, die Aufwandskosten zu tragen.

§ 1368. *v. Baligand 61 ff. Zum Vorbehaltsgut kann alles bestimmt werden, was sich als festumgrenzter Ausschnitt aus dem nicht bestimmt zu begrenzenden Vermögensrechtskreise der Frau darstellt: also auch das ganze vorhandene Frauenvermögen (s. dagegen JDR. 1), auch eine Quote desselben (s. JDR. 3), auch eine erwartete Erbschaft (s. zu § 1432), nicht aber das ganze künftige Frauenvermögen oder eine Quote davon.

§ 1372. SächsOLG. 27 57 (Dresden). Die briefliche Mitteilung der Frau an den Prozeßbevollmächtigten des Mannes, in der sie Auskunft erteilt, ist noch keine Mitwirkung bei der Aufnahme des Verzeichnisses, wie sie der Mann verlangen kann.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. PosMschr. 06 168, R. 06 1438. (Stettin). Die Ehefrau kann den mittelbaren Besitz am eingebrachten Gute nicht dadurch übertragen, daß sie ihren Anspruch gegen den Mann auf Herausgabe abtritt.

§ 1374. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 149. Trifft der Mann fortgesetzt Maßregeln, die er nicht treffen darf, spekuliert er z. B. mit dem zum eingebrachten Gut gehörigen Gelde an der Börse, so kann die Frau auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

§ 1375. OLG. 12 307 (KG.). Wenn der Ehemann einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten wegen Veräußerung des Eingebrachten durch die Frau einklagt, muß er sich darauf anrechnen lassen, was die Ehefrau bei der Veräußerung für das eingebrachte Gut erlangt, oder aus dem Erlöse zur Anschaffung von Ersatzstücken verwandt hat.

§ 1379. *Jacusiel, Nutzungsrecht am Handelsgeschäft 88. § 1379 gilt nur für einzelne Rechtsgeschäfte. Eine Generalvollmacht, z. B. zum Betriebe eines Handelsgeschäfts, kann dem Manne auf diesem Wege nicht erteilt werden. (AA. Ullmann, Ehel. Güterr. 43; vgl. dagegen **RG. 59** 31.)

§ 1380 s. u. zu § 1623 Ziff. 4.

§§ 1380, 1400. 1. **RG.** JW. **06** 167, 314, 386, 469, 751. Schadensersatzansprüche aus Verletzung der Ehefrau. Beide Eheleute sind regelmäßig gemeinsam zur Klage berechtigt. Allein geschädigt und allein berechtigt zur Klage ist nur a) die Frau, falls sie in ihrer Erwerbsfähigkeit nach § 1367 beeinträchtigt oder der Ausnahmefall des § 1370 BGB. vorliegt; b) der Mann, wenn die Schädigung der Frau darin zum Ausdrucke kommt, daß sie ihre Tätigkeit in der Leitung des Haushalts oder im Geschäft des Ehemanns nach § 1356 nicht wie bisher ausfüllen kann. — **RG.** JW. **06** 386. Wenn der hiernach nicht legitimierte Ehegatte klagt, ist er abzuweisen. Die Zustimmung des Mannes zur Klage der Ehefrau ersetzt ihre mangelnde Legitimation nicht. — **RG.** JW. **06** 752. Gewährt der Mann der Frau für ihre Tätigkeit in seinem Geschäft ein Entgelt, so wird darin regelmäßig nicht eine Schenkung, sondern die Auffassung der Eheleute zu erblicken sein, daß eine Verpflichtung der Ehefrau zur unentgeltlichen Leistung nach § 1356 Abs. 2 nicht besteht.

2. Josef, Die Frau in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. DNotV. **06** 59. Die Bestimmungen der §§ 1380 und 1400 finden auf das Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Anwendung. — Die Frau kann Anträge aus § 1246 BGB., §§ 145, 146 HGB. nicht stellen, sondern nur der Mann. Auch gegen sie können solche Anträge nicht gerichtet werden.

§ 1384. R. **06** 54 (Breslau). Die Verbindlichkeit des Mannes kann von der Frau dem Dritten nicht entgegengesetzt werden.

§§ 1385 Nr. 1, 1388. Schultzenstein, Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und den Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem BGB., ABürgR. **29** 168 ff., erörtert in längerer Ausführung an der Hand der Materialien und der Literatur das Verhältnis der §§ 1385 Nr. 1 und 1388 zum öffentlichen Rechte. Er kommt zu dem Schlusse, daß durch diese bisher nicht in ihrer Tragweite erkannten Bestimmungen das öffentliche Recht abgeändert sei. Es werde durch diese Normen der Ehemann, soweit er nach § 1385 öffentliche Lasten der Frau gegenüber zu tragen habe, auch öffentlich-rechtlicher Schuldner der Last gegenüber dem Staate und der Behörde. Er habe sämtliche Pflichten und Folgen, auch strafrechtlicher Natur persönlich zu übernehmen. — Als öffentlich-rechtliche Lasten bezeichnet er im Sinne dieser Normen alle nicht rein privatrechtlichen Verpflichtungen, nicht nur etwa die dauernden Lasten. Als Beispiele führt er auf: 1. Pflichten des Polizeirechts auf Erhaltung einer Sache in einem polizeigemäßen Zustande und auf Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes. 2. Öffentlich-rechtliche Pflichten zum Wegebau, Deichunterhaltung, Bauten, Wasserschutz, Räumung. 3. Armenpflege-Lasten. 4. Pflichten der sozialen Versicherungsgesetze zur Anmeldung und Beiträgen. 5. Auflagen der gewerblichen Anlagen und der Ansiedelungsgenehmigung. 6. Einquartierungs-, Kriegs-, Heereslast. 7. Steuern, Abgaben. In allen diesen Fällen sollen die prozessualen Folgen des Verwaltungsstreitverfahrens und die strafrechtlichen Folgen sich auch gegen den Ehemann richten. ➵ Die Resultate sind trotz konsequenter Begründung bedenklich. Das BGB. hat offenbar keine Abänderung des öffentlichen Rechtes gewollt, nur im Interesse der Gläubiger der Ehefrau einen direkten Regreß gegen den Mann gegeben. Es sind nur privatrechtliche Gläubiger gemeint, das folgt aus dem klaren Willen des Gesetzgebers, daß der Ehemann den Gläubigern dieselben Einwendungen machen kann wie der Ehefrau. Das Recht der Gläubiger ist also ein aus dem Rechte der Ehefrau abgeleitetes Recht. Red. ⇠

§ 1386. Natter, WürttJ. **18** 363 ff. Prämie für die Lebensversicherung der Frau ist keine Leistung im Sinne des § 1386, weil sie eine Vermögensvermehrung bezweckt. Die Zahlung derselben gibt dem Manne also Ersatzansprüche für die Beendigung des Güterstandes. Lebensversicherung der Frau zugunsten des Mannes enthält eine Zuwendung an den Mann. Die Frau ist deswegen auch zum Ersatz der vom Manne geleisteten Prämie verpflichtet.

§ 1387. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. A. Einfluß des Armenrechts. **a**) Das **RG.** spricht in drei Entsch. R. **06** 563 und JW. **06** 356, R. **06** 803, PosMschr. **06** 83 und R. **06** 1263, JW. **06** 560, PosMschr. **06** 140 folgende Sätze aus: α. Das Armenrecht des Ehemanns beseitigt die Kostenvorschußpflicht nicht. β. Die Möglichkeit für die Frau, das Armenrecht für sich zu erlangen, beseitigt ebenfalls nicht ihren Anspruch auf Kostenvorschuß; solange die Ehefrau das Armenrecht nicht hat, kann sie Kostenvorschuß verlangen, solange sie Kostenvorschuß beantragen kann, ist sie nicht arm. **b**) Die Entsch. des OLG. Hamburg (2. Sen.) v. 23. 11. 05, HansGZ. **06** Beibl. 65, gibt zunächst zu der Frage, inwieweit das Armenrecht der Ehegatten auf die Kostenvorschußpflicht von Einfluß ist, einen Bericht über die Judikatur und kommt dann zu dem Schlusse, daß die im Armenrechte klagende Frau nur unter besonderen

Umständen einen Anspruch auf Kostenvorschuß habe. — Vgl. auch OLG. **12** 313, wo diese und die entgegengesetzte Entsch. des 1. Sen. des OLG. Hamburg, welche den Kostenvorschußanspruch stets gewährt, abgedruckt ist. **c)** Den Anspruch verneint für den Fall, daß das Armenrecht dem Manne gewährt ist, SächsRpflA. **06** 523 und SächsOLG. **27** 382 (Dresden); ihn bejaht unabhängig von der Erteilung des Armenrechts für Mann oder Frau OLG. Jena, R. **06** 1263, ThürBl. **53** 188.

B. 1. *Hase, SächsRpflA. **06** 370. Der Ehemann hat der Frau gegenüber die Kosten jedes Aktiv- und Passivprozesses der Frau zu tragen (Ausnahme §§ 1415, 1416), und haftet daher auch den Gläubigern der Frau für deren Kostenschuld als Gesamtschuldner. — Werden Mann und Frau als Streitgenossen verklagt, so tragen sie die Kosten nach Kopfteilen. Der Mann haftet aber auch für den auf die Frau entfallenden Teil als Gesamtschuldner.

2. Klien, SächsRpflA. **06** 421, erörtert ebenfalls die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns und bejaht die Zulässigkeit der Geltendmachung in besonderer Klage.

3. KGBl. **06** 18 (KG.). Der Prozeßbevollmächtigte der Ehefrau hat nur Ansprüche gegen den Ehemann, wenn dieser Kostenschuldner ist, auch wenn die Ehefrau kein Vorbehaltsgut besitzt.

§ 1388. NaumburgAK. **06** 96 (Naumburg). Der Ehemann haftet der Gerichtskasse gegenüber nicht für seiner Ehefrau durch Urteil auferlegte Kosten. Nach Frankf. Rundsch. **06** 78 (Frankfurt) haftet er dagegen, soweit die Frau vorschußpflichtig war.

§ 1389. R. **06** 1080 (BayObLG.). Pflegekosten für die erkrankte Frau sind stets, auch dann, wenn sie das Maß des Notwendigen weit überschreiten, Teil des ehelichen Aufwandes.

§ 1394. **RG.** JW. **06** 139, GruchotsBeitr. **50** 1140, R. **06** 505. Der Anspruch auf Rückforderung des Eingebrachten untersteht nicht den §§ 1391, 1394.

§ 1395. 1. *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 54 ff. Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek an den zum eingebrachten Gute gehörigen Grundstücken ist keine Verfügung. Die §§ 1395 und 1398 sind deshalb auf sie nicht anwendbar, ebensowenig § 1375 BGB. — Für die Eintragung ist stets nur erforderlich die Bewilligung des Ehemanns. Dies folgt aus § 1374 Satz 1 BGB. Die Bewilligung ist ein Akt der Verwaltung des eingebrachten Gutes. Neben der Bewilligung des Ehemanns ist die Bewilligung der von der Eintragung allein betroffenen Ehefrau nicht notwendig.

2. Hedemann, DJZ. **06** 251 ff. Die Generalvollmacht der Ehefrau auf den Ehemann bedarf nicht noch einer besonderen Zustimmung des Ehemanns, auch wenn sie vor der Ehe abgegeben ist. Gegen KGJ. **24** A 235.

3. BayObLG., BayNotZ. **06** 104, BayObLG. **7** 1, R. **06** 183. Die Erklärung des Ehemanns, daß er die von der Frau einem Dritten erteilte Vollmacht genehmigt, enthält die Zustimmung zu den auf Grund dieser Vollmacht vorzunehmenden Rechtsgeschäften des Bevollmächtigten.

4. OLG. **12** 153, ElsLothJZ. **06** 178, ElsLothNotZ. **06** 58 (Colmar). Für die Einwilligung des Ehemanns in die Auflassung genügt Vollmacht zur Auflassung, wenn der Ehemann diese Vollmacht nach der Auflassung seiner Ehefrau erteilt.

§ 1399. *Hase 367. Die Zustimmung des Mannes gehört nicht zur Begründung der Leistungsklage gegen die Frau, sondern nur der Duldungsklage gegen den Mann. Der Frau kann daher über Zustimmung nicht der Eid angetragen werden. Da das Vorliegen einer der Vollstreckung fähigen Frauen-

schuld Voraussetzung des Duldungsanspruchs ist, fällt die Duldungsklage schon dann, wenn diese Voraussetzung fehlt. Sind daher beide Ehegatten Streitgenossen und erhält die Frau in der Leistungsklage den Schiedseid, so ist die Duldungsklage für den Fall, daß die Leistungsklage abgewiesen wird, ebenfalls ohne weiteres abzuweisen. Nur für den Fall, daß die Leistungspflicht der Frau dem Manne gegenüber wirksam (BGB. § 1400) festgestellt wird, ist es rechtserheblich, ob die Zustimmung vorliegt.

§ 1400. 1. SeuffA. **61** 115 s. bereits JDR. **4** Ziff. 2.

2. Ebenso über die Bedeutung des Zusatzes „im Beistande des Ehemanns" **RG.** GruchotsBeitr. **49** 946 und HansGZ. **06** Beibl. 248.

3. *Hase 366. Der Mann kann die aus dem Schuldverhältnisse zwischen Gläubiger und Frau sich ergebenden Umstände, die für seine Duldungspflicht Ausschlag geben, insbesondere Einwendungen, selbständig zur Verteidigung gegen den Duldungsanspruch geltend machen. Stimmt er aber der Prozeßführung der Frau zu, so ist das Urteil gegen seine Duldungspflicht präjudiziell.

§ 1405. 1. *v. Baligand 73 f. Verzicht auf das Widerrufsrecht ist nur insofern wirksam, als § 1405 weiter ist als § 1354, d. h. soweit die Ausübung eine mißbräuchliche wäre (gegen die Kommentare zu § 1405 s. auch JDR. **1**). Der Verzicht kann nicht ins Güterrechtsregister eingetragen werden.

2. KGJ. **32** A 194 (KG.). Durch die Einwilligung wird die Frau zum Verkauf des Geschäfts nicht berechtigt.

§ 1406. Streitig ist, ob der Mann den Erbschein bezüglich der der Ehefrau angefallenen Erbschaft beantragen kann. Märker, Nachlaßbehandlung 332, Voß, GruchotsBeitr. **43** 667, Planck bejahen die Frage; das Recht verneinen Dernburg V 442, Weißler, Nachlaß 209; Josef, DJZ. **06** 1021 tritt der Verneinung bei, weil das formale Antragsrecht nicht in die Grenzen des Nutznießungsrechts des Ehemanns fällt.

§ 1407. Ziff. 4. Lienemann, SächsRpflA. **06** 141. Die Frau bedarf der Zustimmung des Mannes nicht zur Eigentumsklage gegen den sein gesetzliches Pfandrecht geltend machenden Vermieter.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. (§ 739 ZPO.) 1. Landau, ACivPr. **99** 457 ff., sieht in der Klage, mit der der Gläubiger die Haftung des eingebrachten Gutes gegen den Mann durchsetzt, weder eine Feststellungsklage (wie Geib), noch eine Klage auf Duldung der Vollstreckung (wie Jolly), noch eine Klage in Erfüllung einer dem Manne obliegenden akzessorischen Verpflichtung, die Gläubiger aus dem eingebrachten Gute zu befriedigen, sondern einen Anspruch auf Beseitigung des den Eingriff der Gläubiger hindernden Verwaltungsrechts des Ehemanns mit konstitutivem Urteil.

2. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 40 ff., erkennt eine Duldungspflicht des Mannes nicht an. Nach ihm bejaht § 1411 nur die Zulässigkeit der Vollstreckung wegen Vollschuld ohne Rücksicht auf den Mann, und begrenzt den Inhalt des künftigen Vollstreckungsanspruchs der Gläubiger in Richtung auf den Mann.

3. *Hase, SächsRpflA. **06** 365 ff. Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachtem Gute würde an sich einer Zwangsvollstreckung in eingebrachtes Gut entgegenstehen. Durch §§ 1411, 1412 wird aber dem Manne auferlegt, die Geltendmachung seiner Rechte zu unterlassen, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Diese Duldungspflicht ist daher eine negative Leistungspflicht im materiell-rechtlichen Sinne. Sie kann freiwillig bewirkt werden. Dann

bedarf es nicht des Schuldtitels aus ZPO. § 739. Um sich gegen die Kosten nach ZPO. § 93 zu schützen, muß der Gläubiger den Mann in Verzug setzen. — Zum Tatbestande des Duldungsanspruches gehören: a) das Vorliegen der Frauenschuld; nicht unbedingt eines Schuldtitels darüber; nur die Voraussetzungen zur Verurteilung der Frau müssen schlüssig vorliegen. Daher kann die Duldungsklage vor der Leistungsklage erhoben werden. Wird die Duldungs- mit oder nach der Leistungsklage erhoben, so schafft das Leistungsurteil für die Duldungspflicht ein Präjudiz, wenn der Mann der Prozeßführung der Frau zustimmt (BGB. § 1400 Abs. 1). Liegt diese Zustimmung nicht vor, so kann der Mann selbständig die Frauenschuld bestreiten und alle Einwendungen gegen sie vorbringen, selbst wenn die Frau anerkennt. Wo die Leistungsklage präjudiziell für ihn entschieden wird, ist er in dieser nicht erklärungspflichtig; ihm als Streitgenossen der Frau kann über die zur Begründung der Frauenschuld vorgebrachten Tatsachen nicht der Eid zugeschoben werden, lediglich die Frau hat in der Leistungsklage zu schwören. b) Zustimmung des Mannes zur Begründung des Rechtsgeschäfts oder deren Entbehrlichkeit. Diese Zustimmung gehört nicht zur Begründung der Leistungsklage (anders § 1395), sondern nur der Duldungsklage. Daher hat nie die Frau über die Zustimmung zu schwören. Ob die Zustimmung vorliegt, ist nur dann rechts- und beweiserheblich, wenn die Leistungspflicht feststeht; ist die Leistungsklage abzuweisen, so ist die Duldungsklage gegenstandslos. c) Anwendbarkeit des gesetzlichen Güterrechts. — Bei Verbindung der Leistungs- mit der Duldungsklage sind die Ehegatten nicht notwendige Streitgenossen; auch nicht, wenn der Mann als Gesamtschuldner haftet. Vgl. JDR. **2** zu §§ 1405, 1411, und **1, 2, 3, 4** zu § 1411 und § 739 ZPO.

4. PosMschr. **06** 177, (Posen). Den Ehemann, der im Duldungsprozesse sofort seine Verpflichtung anerkennt, treffen die Kosten nicht, wenn er zur Erhebung der Klage keinen Anlaß gegeben hat. Anlaß gibt er dem Kläger nur dann, wenn er auf Anfrage vor dem Prozesse nicht geantwortet, oder seine Verpflichtung verneint, oder trotz Bejahung die Vollstreckung nicht geduldet hat. Der Kläger ist zu solcher Anfrage verpflichtet, nicht aber der Mann zur Ausstellung einer Urkunde aus § 794 ZPO. Gegen KG. und OLG. **5** 398, **11** 97 (Dresden). Vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

§§ 1412 Abs. 1, **1416.** Josef, DNotV. **06** 61. Die Haftungsbeschränkung bezieht sich auf Rechtsgeschäfte, nicht auf Kosten, die aus Anträgen der Frau im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entstehen.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1140 (s. o. zu § 1394). Die Wirkung des § 1418 kann durch Rechtsgeschäft ersetzt werden, wenn dies ein Ehevertrag ist.

2. KGBl. **06** 85 (KG.). Die objektive Gefährdung des Frauenguts genügt zur Anwendung des § 1418.

3. OLG. **11** 281 (KG.), JDR. **4**, jetzt auch R. **06** 228.

5. Gütertrennung.

§ 1427. 1. OLG. **12** 308 (Marienwerder). Leitet bei Gütertrennung der Ehemann das Erwerbsgeschäft der Ehefrau, so kann sie diese Übertragung als einen Auftrag stets widerrufen.

2. *v. Baligand 55 ff. Rückstände können nur gefordert werden, wenn für die einzelne fällige Rate eine Aufforderung zur Leistung gefolgt war (gegen Wieruszowski II 346 Note 47).

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

Literatur: v. Baligand, Der Ehevertrag, München 1906.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. *v. Baligand 4 ff. a) Güterrechtliche Verhältnisse sind nur die im 6. Titel des ersten Abschnitts des Familienrechts geregelten Verhältnisse der Ehegatten, nicht aber solche Ansprüche, welche aus güterrechtlichen Verhältnissen entstehen, aber mit ihrem Entstehen unabhängig von dem Fortbestehen des Güterstandes werden, z. B. der Anspruch des Mannes auf eine fällige Beitragsrate aus §§ 1371, 1441, auf einen schon verfallenen Mietzins eines eingebrachten Miethauses; ein Verzicht auf Ansprüche der letzteren Art ist daher kein Ehevertrag. — Jede Veränderung „güterrechtlicher Verhältnisse" ist Ehevertrag, auch in bezug auf einzelne Gegenstände (gegen Dernburg IV 174 Note 6; vgl. JDR. **3** Ziff. 1), auch wenn sie nur die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des eigentlich gewollten Rechtserfolges ist: so ein Zinsversprechen für eine zum Eingebrachten gehörige Forderung der Frau gegen den Mann (gegen Dernburg, BGB. IV 176 Note 7), Bestellung eines Nießbrauchs für den Mann an nicht verbrauchbaren Sachen des Eingebrachten; kein Ehevertrag ist: Nießbrauchbestellung an verbrauchbaren Sachen des Eingebrachten (gegen Ullmann, Güterrecht 282), Darlehnshingabe aus dem Eingebrachten an den Mann. b) Unzulässige Eheverträge. *v. Baligand 19 ff. Abgesehen von § 1433 Abs. 2 und Artt. 15, 200 EGBGB. kann immer nur einer der fünf Güterstände des Gesetzes gewählt werden; Modifikationen sind nur zulässig, soweit sie nicht dem Wesen des Güterstandes widersprechen, was insbesondere aus §§ 1526 Abs. 2, 1555 folgt. (S. JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 7, **4** Ziff. 2.) Die allgemeinen Verbote der §§ 134—138 gelten uneingeschränkt auch für den Ehevertrag, dagegen die §§ 310, 312 ohne weiteres nur, soweit der Ehevertrag obligatorischen Inhalt hat, im übrigen höchstens analog; daher ist § 312 anwendbar z. B. auf eine Zuweisung künftiger Erbanfälle an das Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft (gegen Planck zu § 1531 Note 3), nicht aber auf die Erklärung solcher Anfälle zu Vorbehaltsgut (gegen die Kommentare zu § 1368 Wieruszowski II 228 Note 51). — Von den Normen des Güterrechts sind schlechthin zwingend alle, welche Beziehungen der Ehegatten zu Dritten regeln, ausgenommen § 1380.

2. OLG. Hamburg s. JDR. **4** zu § 1440 Nr. 2, jetzt auch OLG. **12** 312, SeuffA. **61** 50, SchlHolstAnz. **06** 81.

3. KGJ. **30** A 156 zu JDR. **4** § 1432 Ziff. 2b, auch OLG. **12** 310.

4. BayObLG., BayNotZ. **06** 105, BayObLG. **7** 46, BayRpflZ. **06** 164, R. **06** 254. Erklärt der Mann beim Ehevertrage, daß sein Miteigentum nach Gütergemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden soll, und verzichten dann die Eheleute beide auf Benachrichtigung, so enthält dieser Verzicht der Frau ihre Zustimmung.

5. R. **06** 862 (BayObLG.). Vereinbarungen über die Auseinandersetzung sind nicht Eheverträge.

6. Anfechtung von Eheverträgen wegen Benachteiligung der Gläubiger (vgl. JDR. **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 3).

A. Henle, JW. **06** 700, erörtert die Möglichkeit der Anfechtung von Eheverträgen, durch welche der Güterstand geändert wird, und die einzelnen Anfechtungsfälle. Er läßt die Anfechtung in viel weiterem Umfange zu, als die sonstige Literatur und Praxis und sieht im Ehevertrage selbst das anfechtbare Rechtsgeschäft. Da jede Veränderung des Güterstandes sich als Durchgang durch den Güterstand der Gütertrennung darstellt, teilt er die Anfechtungsmöglichkeit je

nach der Umwandlung in die Gütertrennung und aus der Gütertrennung. Ergebnisse:

I. Gläubiger des Mannes. a) Umwandlung des gesetzlichen Güterrechts, der Errungenschafts- sowie der Fahrnisgemeinschaft in den Stand der Gütertrennung: Die Mannesgläubiger sind insoweit benachteiligt, als Ersatzansprüche der Frau mit ihnen konkurrieren und vorzeitig befriedigt werden können und als ihnen der Zugriff auf die den Mann sonst anfallenden Nutzungen des Eheguts entzogen werden kann (gegen Ullmann und Meikel). b) Umwandlung der Gütergemeinschaft in Gütertrennung: Gesamtgutsgläubiger sind benachteiligt durch die erwachsende Konkurrenz der Frauenansprüche gegen das Sondergut (§§ 1439, 1525, 1373, 1393), die Gläubiger des Mannes sind benachteiligt durch Verlust des Zugriffs auf die Nutzungen des Sonderguts. c) Umwandlung der Gütertrennung in gesetzliches Güterrecht: Keine Anfechtungsmöglichkeit für die Gläubiger des Mannes. d) Umwandlung der Gütertrennung in allgemeine oder partielle Gütergemeinschaft, sowie Umwandlung von Vorbehaltsgut zum Gesamtgute: Die Mannesgläubiger können anfechten, insoweit sie durch die Konkurrenz der bisherigen Frauengläubiger benachteiligt werden.

II. Gläubiger der Frau. a) Umwandlung des gesetzlichen Güterrechts in Gütertrennung: Für die Frauengläubiger keine Anfechtung. b) Umwandlung der allgemeinen oder partiellen Gütergemeinschaft in Gütertrennung: Die Gesamtgutsgläubiger aus Ansprüchen, die gegen die Frau erwachsen sind und deren Ansprüche gegen das Mannesgut erlöschen, können anfechten, soweit ein Anspruch des Mannes gegen das Sondergut konkurriert und Nutzung des Mannes am Sondergut ihnen entzogen wird. c) Umwandlung der Gütertrennung in gesetzliches Güterrecht oder Gütergemeinschaft, allgemeine oder partielle, sowie Umwandlung von Vorbehaltsgut in eingebrachtes Gut: Die Gläubiger der Frau können durch die Steigerung der Passiva-Konkurrenz der Mannesgläubiger benachteiligt sein. — In allen diesen Fällen läßt Henle die Anfechtung zu.

B. *v. Baligand, Ehevertrag 104 f. a) Die Umwandlung der Gütertrennung ist für die Gläubiger unanfechtbar. b) Der Übergang von gesetzlichem Güterstand oder Gütertrennung zur allgemeinen Gütergemeinschaft kann anfechtbar sein wegen Benachteiligung späterer Vorbehaltsgläubiger der Frau und wegen mittelbarer Benachteiligung der Gläubiger eines Ehegatten durch die Konkurrenz der Gläubiger des anderen. c) Der Übergang zur Errungenschaftsgemeinschaft ist für die Gläubiger der Frau anfechtbar (gegen Ullmann, JW. **04** 133). d) Die Aufhebung der Gütergemeinschaft ist nicht anfechtbar, wohl aber der Auseinandersetzungsvertrag. Zur Anfechtung genügt nicht schon die Erschwerung der Rechtsverfolgung. e) Die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes unter Umständen, die einen Ehegatten zur Aufhebungsklage berechtigen, ist keine Schenkung und nur als entgeltlicher Vertrag anfechtbar.

C. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 382, R. **06** 1263. Die Auseinandersetzung gütergemeinschaftlicher Ehegatten ist als entgeltlicher Vertrag an sich anfechtbar. Die Erschwerung der Rechtsverfolgung durch die Teilung ist schon eine Benachteiligung.

§ 1433. Abs. 2. *v. Baligand 99 ff. Unzulässig ist Verweisung auf das Recht eines dritten Gebiets, auch wenn nach dem Rechte des ausländischen Wohnsitzes darauf verwiesen werden kann (gegen Opet Note 2). Zulässig sind gesetzlich vorgesehene Modifikationen des ausländischen Güterstandes. § 1433 gilt auch dann, wenn das Recht des ausländischen Wohnsitzes Eheverträge nicht zuläßt.

§ 1435. 1. *v. Baligand 115. Eintragungsunfähigkeit eines Ehevertrags hat keinerlei Bedeutung für die Frage nach der Zulässigkeit desselben (gegen Ullmann 19 f.).

2. *v. Baligand 118. Eheverträge über fortgesetzte Gütergemeinschaft oder deren Ausschluß sind nicht eintragungsfähig (gegen Planck Note 5, Staudinger Note 5, JDR. 3 Ziff. 1).

3. *v. Baligand 117. Bei absichtlicher Herbeiführung unrichtiger Einträge durch die Ehegatten ist der Dritte grundsätzlich nur auf Deliktsansprüche angewiesen (gegen Wieruszowski II 567 Note 95).

4. *v. Baligand 121. § 1435 gibt dem Dritten kein Recht auf Durchführung des Prozesses gegen einen Ehegatten, der nach dem eingetragenen, nicht aber nach dem wirklich bestehenden Güterstande die Sachlegitimation hat (gegen Hellwig, Rechtskraft 358, 441 ff.).

5. *v. Baligand 125 ff. Aus einem Rechtsgeschäfte, das ein Dritter mit einem Ehegatten bei eingetragener, aber tatsächlich wieder aufgehobener Gütergemeinschaft geschlossen hat, und das den anderen Ehegatten nach der Auseinandersetzung nach § 1480 verhaftet, kann der Dritte den anderen Ehegatten auf Grund des § 1435 nur bis zum Betrage des ihm wirklich zugeteilten Gesamtguts haftbar machen gegen Hellwig, Rechtskraft 436 ff. Im Ergebnis — aber nicht der Begründung — übereinstimmend mit Planck Note 3c).

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 1438. 1. KGJ. **31** A 297, OLG. **12** 309, RJA. **7** 55, ZBlFG. **7** 101, DJZ. **06** 712 (KG). Die Auflassung an die gütergemeinschaftliche Ehefrau, die den Kaufvertrag geschlossen hat, muß vom Grundbuchrichter entgegengenommen und die Frau eingetragen werden.

2. SeuffA. **61** 275, BayObLG. **6** 660 (BayObLG.). Die Gemeinschaft zur gesamten Hand in der allgemeinen Gütergemeinschaft enthält keine Verneinung des Anteilbegriffs, sondern nur eine Beschränkung der Verfügungsmacht.

§ 1440. ZBlFG. **7** 312, R. **06** 1138, BayObLG. **6** 736, BayNotZ. **06** 109 (BayObLG.), OLG. **12** 312 BayNotZ. **06** 139 (Hamburg). Schaffung zum Alleineigentum bei Erbanfall an einen Gütergenossen verlangt a) Eigentumsübertragung, b) güterrechtliche Änderung durch Ehevertrag. Vgl. auch JDR. 4.

§ 1443. 1. *Full, Sachlegitimation des Ehemanns am Gesamtgut im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, ABürgR. **29** 121. Gegenüber der herrschenden Lehre, daß innerhalb des Rahmens des Prozeßrechts der Mann an die Zustimmung der Frau nicht bezüglich derjenigen Verfügung gebunden sei, für die das Gesetz die Zustimmung der Frau verlangt (§§ 1444—1446), führt Full aus, daß die Prozeßführung an sich ein Verwaltungsrecht sei, daß dies Verwaltungsrecht aber nicht jene Einschränkung des Verfügungsrechts aufheben könne und die Frau gegen solche Verfügungen, die im Prozesse geschehen, geschützt werden müsse. Die Verfügungswirkung eines Urteils, welches auf Klage des Mannes ergeht, muß daher bei einer Kollision mit den Rechten der Frau aus §§ 1444—1446 dadurch eingeschränkt werden, daß der Richter in den Tenor aufnimmt „nach Beibringung der Genehmigung der Frau". In solchem Falle kann erst nach Beibringung der urkundlichen Genehmigung Vollstreckungsklausel erteilt werden.

Die Rechtskraftwirkung der auf Grund des § 1443 von dem Manne erstrittenen Urteile besteht der Frau gegenüber nur insoweit, als die Berechtigung oder Verpflichtung des Gesamtgutes festgestellt wird. Niemals wirkt dann ein solches Urteil für oder gegen die Frau persönlich, niemals für oder gegen das Vorbehaltsgut der Frau. — Passiv legitimiert ist nur der Mann. Die Frau kann nur dann mitverklagt werden, wenn sie persönlicher Schuldner der Forderung ist (gegen Hellwig und die Praxis). Die Rechtskraftwirkung

des Urteils gegen den verklagten Mann ist verschieden, je nachdem der Mann aus § 1459 oder aus § 1443 haftet. Das Urteil aus § 1459 hat nur Rechtskraft gegen den Mann, das Urteil aus § 1443 Rechtskraft gegen Mann und Frau in bezug auf das Gesamtgut. Bei Urteil aus § 1443 gegen den Mann empfiehlt sich der Zusatz „aus dem Gesamtgut".

2. LG. Stargard, PosMschr. **06** 131. Ein vom Ehemann abgeschlossener Vergleich genügt zur Vollstreckung in das Gesamtgut.

§ 1445. 1. PosMschr. **06** 153 (Königsberg). Kündigung der Hypothek gegen den Ehemann genügt.

2. PosMschr. **06** 40, ZBlFG. **7** 53 (LG. Tilsit). Gütergemeinschaftlicher Ehemann bedarf zur Abtretung der Eigentumshypothek der Zustimmung der Ehefrau nicht.

3. KGJ. **32** A 275, RJA. **7** 215, ZBlFG. **7** 442 (KG.) Auf Grund eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses des Ehemanns kann ohne Zustimmung der Frau auf das gütergemeinschaftliche Grundstück eine Zwangshypothek eingetragen werden.

4. *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 55. Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek auf das gütergemeinschaftliche Grundstück ist nur von dem Ehemann allein zu vollziehen, weil die Bewilligung ein Teil des Verwaltungsrechts ist.

5. Dennler, JustdBl. **06** 83 und die das. zitierte Praxis des BayObLG. **2** 576, **3** 440, **4** 162. Unterwerfung des Grundstücks unter die Zwangsvollstreckung wegen einer eingetragenen Hypothek bedarf der Zustimmung der Frau.

6. ElsLothNotZ. **06** 323 (LG. Straßburg). Über das Recht auf Auflassung als obligatorisches Recht kann der Ehemann allein verfügen, insbesondere auch die Löschung der Vormerkung dieses Rechtes für ihn beantragen.

§ 1446. 1. Abs. 1. **a)** *Eltzbacher, Unterlassungsklage 149. Verfügt der Mann fortgesetzt ohne die erforderliche Zustimmung der Frau über Gesamtgut, so kann die Frau auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231). **b)** Siber o. Ziff. 3 IV zu §§ 241 ff.

2. Abs. 2. Schierlinger, SeuffBl. **06** 661. Die hier bezeichneten Pflichten müssen nicht der „Sittlichkeit", sondern der „Sitte", dem „Üblichen" entspringen.

§ 1452. 1. *v. Baligand 47 Note 2. Das Gesamtgut haftet für Geschäftsschuld der Frau unter den Voraussetzungen des § 1405, auch wenn das Erwerbsgeschäft Vorbehaltsgut ist (gegen Staudinger Note 5).

2. *v. Baligand 85. Bei oHG. unter den Ehegatten kann auch das künftige Gesamtgut zu Gesellschaftsvermögen bestimmt werden (s. JDR. **2** Ziff. 3a), tritt aber ein Dritter in die Gesellschaft ein, so wird diese Vereinbarung für die Folge nichtig nach § 310. Der Gesellschaftsvertrag unter gütergemeinschaftlichen Eheleuten bedarf der Form des § 1434 (gegen Gildemeister JDR. 2).

§ 1459. *Siber, Schuld und Haftung, JheringsJ. **50** 55. Die vom Manne mit Beschränkung auf ein Vorbehaltsgut eingegangene Verpflichtung ist keine Gesamtgutsverbindlichkeit.

§ 1467. HansGZ. **06** Beibl. 87, SeuffA. **61** 323 (Hamburg). Nach Aufhebung der Gütergemeinschaft muß die in die Kosten verurteilte Frau die Kostenvorschüsse dem Ehemanne zurückerstatten, auch wenn sie kein Vorbehaltsgut besitzt.

§ 1470. SeuffBl. **06** 167 (Stuttgart). Die Haftung für solche Schulden, deren Rechtsgrund vor der Aufhebung der Gütergemeinschaft vorhanden war, bleibt bestehen, auch wenn die Forderung erst zur Zeit der Gütertrennung fällig wurde.

§ 1471. 1. *v. Baligand 90 f. Nach beendeter Gütergemeinschaft kann nicht eine Fortdauer des Gesamthandverhältnisses an einzelnen Gegenständen vereinbart werden (Opet Note 5, Endemann II 452 Note 42 mit OLG. **6** 261); sollen die Gegenstände Miteigentum der Gatten werden, so bedarf es besonderer Übertragung.

2. (Vgl. § 1443.) SchlHolstAnz. **06** 118 (Kiel). Verfügung des einzelnen Ehegatten über den Anteil am Gesamtgute vor der Auseinandersetzung, auch nach Abschluß des Gütertrennungsvertrags, ist nichtig.

§ 1472. 1. *Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 64, 78, 98. Es gilt durchweg Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, auch für Ansprüche auf unteilbare Leistungen; § 1450 ist unanwendbar. Soweit eine Gesamtgutsverbindlichkeit zugleich Privatschuld ist, steht die exc. plurium litis consortium nur der Klage auf Leistung aus dem Gesamtgut entgegen. Bei Festsetzungs- und Feststellungsklagen ist in gewissem Umfange Einzelklage zulässig.

2. SchlHolstAnz. **06** 118 (Kiel). Bis zur Auseinandersetzung hat die Frau Mitbesitz und kann deshalb der Vollstreckung aus dem Schuldurteile gegen den Mann widersprechen.

§ 1478. PosMschr. **06** 141 (Posen). Die Erklärung, daß statt der Gesamtgutshälfte die Zurückerstattung des Wertes des Eingebrachten verlangt wird, ist unabänderlich. Vgl. abweichend Hamburg, JDR. **2** zu § 1478.

§§ 1482, 1483. Natter, WürttJ. **18** 363 ff. Prämien für eine Lebensversicherung eines Ehegatten sind stets Lasten des Gesamtguts, auch wenn Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eintritt; wenn der Versicherungsvertrag von einem Ehegatten zugunsten des anderen abgeschlossen ist, so gilt dasselbe bei Fortsetzung der GG. Wenn die Fortsetzung der GG. nicht eintritt, so verbleibt die Versicherungssumme dem Überlebenden allein, er hat jedoch keine Verpflichtung, die aus dem Gesamtgute gezahlten Prämien dem Gesamtgute bei der Auseinandersetzung zu erstatten.

§ 1489. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 8, zu JDR. **4**, auch SeuffA. **61** 74, R. **06** 1138.

2. SeuffA. **61** 315 (Hamburg). Auf Grund eines Urteils gegen den Mann kann nach Auflösung der Gütergemeinschaft der Kläger sich gemäß § 744 Vollstreckungsklausel gegen die Frau erteilen lassen.

§ 1491. 1. BayObLG., R. **06** 862. Verzichtsvertrag nach Abs. 2 ist auch dann vorhanden, wenn das Kind seinen Anteil am Gesamtgute gegen einen Abfindungsbetrag zugunsten des überlebenden Elternteils abgibt.

2. HansGZ. **06** Beibl. 257 (LG. Bremen). Einseitiger Verzicht auf den Anteil am Gesamtgute wirkt dinglich. Die anderen Gütergenossen können ohne Auflassung Berichtigung des Grundbuchs für das zur fortgesetzten GG. gehörige Grundstück verlangen.

§ 1507. BadRpr. **06** 129 (Karlsruhe). Gebühr für das Zeugnis ist nach der Hälfte des Wertes des Gesamtguts zu berechnen.

§§ 1508, 1515, 1518. Rohmer, ElsLothNotZ. **06** 205. Haben in allgemeiner GG. verheiratete Eheleute beim Abschluß ihres Ehevertrags vereinbart, daß dem Überlebenden von ihnen das Recht zustehen soll, das zur GG. gehörende Wohnhaus oder Landgut zu einem in der GG. zu verrechnenden, im voraus genau festgesetzten Anschlagspreis von dieser vorwegzunehmen, so hat die Bestimmung keine bindende Wirkung, wenn fortgesetzte GG. eintritt. Das Recht auf Annahme des Grundstücks ist nur dann rechtswirksam, wenn die Eheleute nach § 1508 die fortgesetzte GG. von vornherein ausschließen oder der überlebende Ehegatte die Fortsetzung der GG. ablehnt. Dagegen nimmt v. Amelunxen aaO. 329 ff. an, daß durch den Ehevertrag objektiv ein Grund-

stück aus der fortgesetzten GG. ausgeschlossen und von Todes wegen darüber bestimmt werden könne.

§ 1517. **RG.** BayRpflZ. **06** 512. Fahrlässige Unkenntnis steht hier der Kenntnis nicht gleich.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. Faber, ACivPr. **99** 161 ff., prüft das System der Errungenschaftsgemeinschaft im Hinblick auf den wirtschaftlichen und wissenschaftlichen Einkommensbegriff.

1. Einkommen ist der Inbegriff der regelmäßig wiederkehrenden Einnahmen oder Einkünfte. Faber unterscheidet Einkommen aus Kapital und persönliches Einkommen, teilt letzteres in Arbeitseinkommen und Renteneinkommen. Weitere Unterschiede innerhalb des Arbeitseinkommens sind bedungenes Einkommen und Unternehmereinkommen, d. h. Erwerbsgeschäft. Das bedungene Einkommen ist unabhängig, das Unternehmereinkommen abhängig von der Erwerbsgelegenheit. — Errungenschaft ist nun nach Faber begrifflich identisch mit den regelmäßig wiederkehrenden Einnahmen. Das Prinzip, daß alles Einkommen und nur das Einkommen dem Manne und der Frau in Errungenschaftsgemeinschaft zu gleichen Teilen, d. h. dem Gesamtgute zufällt, ist im BGB. im wesentlichen durchgeführt, soweit nicht die Bestandteilslehre und das Verwaltungsrecht des Mannes im Wege steht. Während die formale Gesamterwerbsregel dahin zu fassen ist: Was Mann oder Frau während der Gemeinschaft erwirbt, wird Gesamtgut, was ihnen vor Eintritt der Gemeinschaft gehört, Sondergut, findet er die Übereinstimmung der Errungenschaft mit dem Einkommen in folgenden Sätzen: a) Das Errungenschaftsprinzip ist gesetzgeberisches Motiv für die Bestimmung der Ausnahmen von der Regelung des Gesamterwerbes. b) Das Errungenschaftsprinzip gibt der Auslegung und Analogie über den Gesamterwerb und Sondererwerb Richtung. c) Das Prinzip ist maßgebend für die Entstehung von Ersatzansprüchen.

2. Zeitliche Zäsur. Wenn mehrere Tatsachen chronologisch den Erwerb bestimmen (z. B. Verkauf, Übergabe, Auflassung, Fälligkeit des Kaufpreises), so ist maßgebende Entstehungszeit die Zeit derjenigen rechtsgeschäftlichen Tatsache, welche bindet, unwesentlich der Eintritt der Fälligkeit durch Zeitablauf, Bedingung; bei Erwerb von Todes wegen ist der Erbfall, nicht die Zeit der Verfügung entscheidend. — Ausnahmen: Ansprüche, welche aus einem vor Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft bestehenden Rechtsgeschäft erwachsen, aber zu den Einkünften gehören. Bei fortlaufenden Bezügen aus bedungenem Einkommen ist das Einkommen nicht pro rata temporis zwischen Errungenschaftsgemeinschaft und Sondergut zu teilen, wie Planck zu § 1063 annimmt, sondern die fälligen Raten sind nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft pro tempore zu teilen.

3. Ausnahmen von der Gesamterwerbsregel. Sondererwerb. A. Alle außerordentlichen persönlichen Einnahmen werden Sondererwerb, weil sie kein Einkommen sind; der Satz 2 des § 1521 gibt hierfür das maßgebende Prinzip an.

B. Außerordentliche Einnahmen vom Kapital unterstehen ebenfalls nicht der Gesamterwerbsregel, weil sie kein Einkommen sind. Als solche außerordentlichen Einnahmen unterscheidet Faber die Akzession, Vermehrung des Kapitals und die Surrogation, Erhaltung des Kapitals. a) Begriff der Surrogation. Der Erwerb vollzieht sich dadurch, daß ein Wert ausscheidet, ein anderer eintritt und zwischen Ausscheiden und Eintritt ein Kausalzusammenhang vorhanden ist. Dieser Erwerb ist kein Einkommen und untersteht daher nicht der Gesamterwerbsregel. b) Wirkung. Faber unterscheidet nach der Wirkung: α. Einschränkung des

Eigenerwerbs zugunsten des Fremderwerbs (§§ 1381, 1382, 1378). β. Einschränkung des Gesamterwerbs zugunsten des Eigenerwerbs (§§ 1440 Abs. 2, 1526, 1524, 1486 Abs. 1). γ. Einschränkung des Eigenerwerbs zugunsten des Gesamterwerbs (§§ 1473, 1497, 1546 Abs. 1). δ. Einschränkung des Erwerbs für das mit Verwaltungs- und Nutzungsrecht belastete Gut zugunsten des verwaltungs- und nutzungsfreien Erwerbs (§ 1370). c) Unterschieden werden die Fälle nach der Voraussetzung in Ersatzsurrogation, Novationssurrogation, Mittelsurrogation, Zwecksurrogation oder Summission. α. Ersatzsurrogation. Erwerb von Miteigentum an Stelle Alleineigentums von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, von Schadensersatzforderung aus Enteignung. β. Novationssurrogation. Erwerb aus der Liquidstellung, Sicherung, Befriedigung eines Rechtes. γ. Mittelsurrogation. Regeln: αα. Was der Mann mit Sondergutsmitteln für Rechnung der Frau erwirbt, wird Sondergut. ββ. Wenn er mit Mitteln des Sonderguts erwirbt, wird der Erwerb für Rechnung der Frau vermutet. γγ. Mittel sind dinglich, nicht wirtschaftlich aufzufassen. Bei Verschiedenheit des Eigentums an den Mitteln entsteht Miteigentum nach Bruchteilen, der Erwerbswille entscheidet nicht. Ebenso Thiele bei JDR. **1**, Beyer, JDR. **4** gegen Planck. Ausnahmen: 1. Erwerbsgeschäft. § 1524 Abs. 2, Ersatzwaren werden Sondergut, Geld aber Gesamtgut. 2. Renten. Eingehende Rentenbeträge werden Gesamtgut. δ. Zwecksurrogation oder Summission. Der neu eintretende Gegenstand hat die Funktionen des ausscheidenden zu übernehmen. Fälle: αα. Ausschluß des Gesamterwerbs zugunsten des Eigenerwerbs, § 1524. Voraussetzung ist: Der Ehemann bestimmt den Zweck, daß der neu eintretende Gegenstand die Funktionen der ausscheidenden Sondergutssache zu übernehmen hat. ββ. Ausschluß des Gesamterwerbs zugunsten des Fremderwerbs, § 1378. Beispiel: Betriebsinventar, Ersatzwaren im Warengeschäft der Frau, Haushaltungsgegenstände, persönliche Kleidungsstücke der Frau.

§§ 1519, 1522, 1524. Lebensversicherungen der Eheleute. Natter, WürttJ. **18** 378 ff. a) Versicherung auf den Tod fällt nach § 1524 Abs. 1, falls vor der Begründung der Gemeinschaft der Vertrag abgeschlossen, sonst nach § 1522 stets in das eingebrachte Gut des versicherten Ehegatten. Prämie ist keine Last, die aus der Gütergemeinschaft zu tragen, also dem Gesamtgut aus dem eingebrachten Gut zu ersetzen. b) Versicherung auf den Erlebensfall aus einem nach der Begründung der Gemeinschaft abgeschlossenen Vertrage fällt in das Gesamtgut, wenn die Prämie aus dem Gesamtgut bezahlt ist; ist die Prämie aus dem eingebrachten Gute bezahlt, oder der Vertrag früher geschlossen, gelten die Sätze zu a. c) Versicherung des einen Ehegatten zugunsten des anderen. Die Versicherung fällt dem Überlebenden als Begünstigten zu, ohne daß eine Verpflichtung besteht, die Prämien dem Gesamtgut oder dem Gute des Versicherers zu ersetzen.

§ 1520. KGBl. **06** 78, R. **06** 1263 (KG.). Das von der Ehefrau durch anfechtbare Geschäfte Erlangte fällt unter das eingebrachte Vermögen.

§ 1546. ZBlFG. **7** 307, SeuffBl. **06** 454 (BayObLG.). Der Anteil des Erblassers an dem zum Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft gehörenden Grundstück kann auf die Erben mit dem Vermerk umgeschrieben werden, daß sie in Erbengemeinschaft stehen.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1551. RJA. **7** 214, ZBlFG. **7** 441 (KG.). Auflassung des Ehegatten in Fahrnisgemeinschaft mit dem Antrag auf Eintragung zur ideellen Hälfte ist nur dann zulässig, wenn die Eheleute nachweisen, daß die Grundstücke von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind, also § 1551 oder Ehevertrag vorliegt.

III. Güterrechtsregister.

Vorbemerkung: Zusammenstellung der Judikatur s. DNotV. **06** 572 (Schulze-Görlitz).

§ 1558. 1. HansGZ. **06** Beibl. 4 (Hamburg) zitiert JDR. 4 = OLG. **12** 308.

2. OLG. **12** 303, KGJ. **32** A 176, SchlHolstAnz. **06** 171 (KG). Das Güterrechtsregister ist nicht bestimmt zur Widerlegung der praesumtio Muciana. Aufzählung der Gegenstände, welche die Frau besitzt, bedeutet nur eine nicht eintragungsfähige Tatsache.

3. Josef, R. **06** 999. Die Eintragung bei einem unzuständigen, also bei einem anderen Gericht als dem des Wohnsitzes des Mannes ist unwirksam; bei Eintragung in das Güterrechtsregister ist § 7 FGG. nicht anwendbar.

4. PucheltsZ. **06** 156 (Colmar). Die Ehevertragsklausel, daß die vereinbarte Errungenschaftsgemeinschaft mit Rückwirkung vom Tage des Abschlusses der Ehe gelten solle, kann im Güterrechtsregister nicht eingetragen werden.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Größere Schriften sind auf dem Gebiete des Scheidungsrechts aus dem Berichtsjahre nicht zu verzeichnen. Es sei nur auf einen letzten Selbstbericht des so früh verstorbenen Senatspräsidenten Eichhorn hingewiesen, über dessen vor allem der Praxis dienende Ausführungen zum Eherecht auch bereits in früheren Jahrgängen berichtet worden ist (Ziff. I zu den §§ 1564 ff.). Mit dem in den letzten Jahren mehrfach behandelten Thema der Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft befaßt sich der Aufsatz Franckes im ACivPr. (zu § 1586).

Literatur: Eichhorn, Die Rechtsbehelfe in Ehesachen, SeuffBl. **06** 301—316. — Francke, Gerichtliche Aufhebung ehelicher Gemeinschaft nach deutschem Reichsrecht, ACivPr. **98** 441—475. — Kuhlenbeck, Einfluß seelischer Störungen auf die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit und das Ehescheidungsrecht, ZBlFG. 7 271—296. — Mamelok, Ehescheidung von Deutschen in der Schweiz, DJZ. **06** 427/428.

Zu §§ 1564 ff. I. 1. *Eichhorn, SeuffBl. **06** 301 ff., behandelt zunächst die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, diesen mißglückten Versuch des BGB., die Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung statt von einem bloß formalen Rückkehrbefehle von einem besonderen Prozesse mit Urteil abhängig zu machen, wobei fast stets der Einwand des „Mißbrauchs" und der Nichternstlichkeit durchgreifen wird und die lange Zeitdauer und Umständlichkeit eines solchen Vorprozesses zu dem erreichten Resultat in keinem Verhältnisse steht. Sodann wird ausführlich die eigentliche Scheidungsklage behandelt und namentlich der Scheidungsgrund des Ehebruchs mit den üblichen Einreden der „Zustimmung" und der Verzeihung eingehend erörtert; aber auch die sog. relative Scheidungsgründe des § 1568 und die Neuerung des § 1569, wonach auch wegen Geisteskrankheit Scheidung erfolgen kann, finden ihre nähere Begründung. Hieran schließen sich die Besonderheiten der Anfechtungs- und der Nichtigkeitsklage nach den Vorschriften der §§ 1330—1335 bzw. §§ 1323—1329 BGB., insbesondere der Einwand der „Bestätigung" (§ 1337). Als Klagen geringerer Bedeutung werden sodann erwähnt die Feststellungsklage betreffs des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe (§ 622 ZPO.) und die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575), denen aber jeder praktische Wert abgesprochen wird. Schließlich finden hier noch Erwähnung die vielfachen Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, über die sich die Spezialvorschrift des § 627 ZPO. verhält, wobei auch die oft sehr streitige Unterhaltsfrage und die Frage, wie die Fürsorge für die Kinder während des Scheidungsprozesses zu regeln sei, erörtert werden, und zuletzt wird noch der Aufforderung gemäß § 1571 Abs. 2 gedacht, von der ebenfalls auszuführen ge-

sucht wird, daß sie von keiner praktischen Bedeutung sei. — In dieser Prüfung des praktischen Wertes unserer jetzigen materiell-rechtlichen und prozessualen Vorschriften des Eherechts liegt die eigentliche Bedeutung dieses Aufsatzes, der keineswegs den Anspruch macht, rechtswissenschaftlich wichtige Fragen zu erörtern, sondern nur aus dem Gesichtspunkte der „Rechtsanwendung", wie sie in langjähriger Übung an einem Obergerichte gewonnen wurde, einige Beachtung zu verdienen hofft.

2. Wachinger, BayRpflZ. **06** 58. Eine Eheschließung zwischen zwei Personen, von denen eine schon früher mit einem jetzt noch lebenden Gatten verheiratet war, und von denen einer die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, ist unmöglich, wenn auch nur einer der geschiedenen Ehegatten zur Zeit der Schließung der früheren Ehe, oder der als Bewerber auftretende geschiedene Ehegatte zur Zeit der Trennung der früheren Ehe katholisch war, oder wenn der dem geschiedenen Bewerber gegenüberstehende Bewerber katholisch ist. (S. auch zu Art. 13.)

3. Mamelok, DJZ. **06** 427. Die Bestimmungen des am 15. 9. 05 in Kraft getretenen Abkommens zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett gehen, soweit sie die Ehescheidung betreffen, allen internen Normen der einzelnen Staaten vor. Art. 56 SchweizBundesG. betr. Zivilstand und Ehe tritt damit für die Deutschen außer Kraft; diese können jetzt auch ohne den bisher dort geforderten Nachweis vor dem Gericht ihres schweizerischen Domizils auf Ehescheidung klagen, denn die Konvention garantiert das forum domicilii für Ehescheidungsklagen der Angehörigen der Konventionsstaaten unter der einzigen Voraussetzung, daß deren lex patriae nicht die heimatliche Gerichtsbarkeit als ausschließlich zuständig erklärt (Art. 5 Nr. 2). Das ist aber bezüglich der Deutschen nicht der Fall.

II. Aus der Praxis. **a)** **RG.** 23. 11. 05, JW. **06** 22. Aus der Klage auf Scheidung folgt noch nicht die Unzulässigkeit des eventuellen Verlangens auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Der Ehegatte, der mit der Erhebung der Klage aus § 1568 die Unerträglichkeit eines weiteren Zusammenlebens behauptet, kann ernstlich gesonnen sein, das Eheleben fortzusetzen, falls sein Scheidungsgrund vom Richter verworfen wird. Ebenso **RG.** 16. 10. 05, ElsLothJZ. **06** 1, BayRpflZ. **06** 122. **b)** OLG. Cöln, RheinA. **102** I 88 ff. Die Scheidung einer Ehe von Tisch und Bett nach österreichischem Rechte steht der Ehescheidung nach dem BGB. durch ein deutsches Gericht an sich nicht entgegen, auch wenn die Beklagte die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt. **c)** OLG. Cöln, RheinA. **102** II 91. Eine nach österreichischem Rechte von Tisch und Bett geschiedene Person begeht durch einen Beischlaf mit einer anderen Person das Ehevergehen des Ehebruchs. **d)** BayObLG. **6** 540 ff., SeuffBl. **06** 153, SeuffA. **61** 463 ff. (BayObLG.). Die von einem Ehegatten nach türkischem Rechte einseitig erklärte Scheidung seiner Ehe ist in Deutschland als gültig anzuerkennen. **e)** **RG.** 3. 5. 06, R. **06** 750, wie **RG.** **55** 244, JW. **04** 410. (JDR. **2** Ziff. 3 c zu § 1568.)

§ 1565. Abs. 2. BadRpr. **06** 167 (Karlsruhe). Die Zustimmung zum Ehebruch im Abs. 2 kann auch eine generelle sein. (JDR. **3** Ziff. 2 a, **2** u. **1** Ziff. 2 Abs. 2.)

§ 1567. **a)** Verhältnis des § 1567 zu § 1568. (JDR. **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 4 Abs. 3, **1** Ziff. 2, 5 u. 6.) SächsOLG. **27** 158 ff. Grundloses Verlassen eines Ehegatten durch den anderen kann auch unter dem Gesichtspunkt einer nach § 1568 zu beurteilenden schweren Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten zur Scheidung führen. Denn wenn man dem § 1567 den Charakter einer mit besonderer Strenge ausgestatteten Sondervorschrift beilegen wollte, so

müßte dies folgerichtig auch bei den §§ 1565 u. 1566 geschehen. Dies Ergebnis wäre aber unannehmbar. **b)** R. **06** 751 (Celle). Einer besonderen Beweisführung durch die Klägerin dafür, daß die Nichtbefolgung des Herstellungsurteils mit ihrem Willen in Widerspruch stand, bedarf es nicht. **c)** HansGZ. **06** Beibl. 224, SchlHolstAnz. **06** 306 (Hamburg). Bei der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kommt es nicht darauf an, ob die Herstellung auch in wahrer ehelicher Gesinnung begehrt wird, wenn nur nichts dafür vorliegt, daß der klagende Teil die eheliche Gemeinschaft tatsächlich nicht hergestellt haben würde, wenn der andere Ehegatte bis zum Ablaufe des kritischen Jahres seinerseits die nötigen Schritte dazu getan hätte.

§ 1568. 1. **a)** **RG.** 11. 12. 05, GruchotsBeitr. **50** 681, SeuffA. **61** 280. Es genügt nicht, daß eine Pflichtverletzung an sich geeignet ist, die Fortsetzung der Ehe dem anderen Ehegatten unerträglich zu machen, sondern sie muß auch den Erfolg wirklich gehabt haben, und dies muß von dem klagenden Teile empfunden worden sein. Dieselbe Tatsache kann in dem einen Falle die Zerrüttung der Ehe zur Folge haben, während sie in einem anderen Falle den ehelichen Frieden vielleicht garnicht stört. **b)** **RG.** 5. 10. 05, JDR. **4** Ziff. II 1 b jetzt auch SeuffA. **61** 155. **c)** **RG.** 11. 12. 05, PosMschr. **06** 8. Begründet das Berufungsgericht die Frage, ob der andere Ehegatte die Pflichtverletzung tatsächlich als ehezerrüttend empfunden hat, damit, daß es sagt, die Pflichtverletzung sei an sich geeignet, die Ehe zu zerrütten, so ist dies zu beanstanden, weil dem Zweifel Raum gegeben ist, ob das Berufungsgericht eine selbständige und unabhängige Prüfung der beiden Voraussetzungen des § 1568 unternommen hat.

2. **a)** **RG.** R. **06** 1081. Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses kann verneint werden, wenn die Ehegatten nachgehends bedingungsweise zur Fortsetzung der Ehe sich bereit erklären. **b)** **RG.** JW. **06** 389. Auch der Ehemann, der berechtigt ist, Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs seiner Frau anzustrengen, dieses aber unterläßt und die Ehe fortsetzt, kann durch ehewidriges Verhalten gegen § 1568 verstoßen.

3. **a)** **RG.** 5. 2. 06, JW. **06** 167 ff. Die Erwirkung eines Scheidungsurteils durch die Ehefrau bei einem ausländischen Gerichte, dessen Urteil zwar für die Frau in dem Staate des erkennenden Gerichts, nicht aber für den Mann in Deutschland die Wirkung der Ehescheidung hat, stellt ein den Scheidungsanspruch des Mannes gemäß § 1568 begründendes Verhalten der Frau dar. **b)** Versagung der ehelichen Pflicht. (JDR. **2** Ziff. 3 f., **1** Ziff. 7 d.) BayRpflZ. **06** 190 (Zweibrücken). Hartnäckige, dauernde und grundlose Verweigerung der ehelichen Pflicht schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflicht. **c)** **RG.** 11. 1. 06, R. **06** 246. Leistet ein Eheteil den unsittlichen Angriffen des anderen auf einen Dienstboten Vorschub, um sich über das ehewidrige Verhalten Gewißheit zu verschaffen, so liegt hierin kein Verstoß gegen die ehelichen Pflichten. **d)** α. **RG.** 23. 4. 06, JW. **06** 392. Mißhandlungen der Stiefkinder durch die Stiefmutter sind an sich geeignet, dem anderen Ehegatten und Vater der Kinder gegenüber eine schwere Eheverletzung darzustellen. β. **RG.** JW. **06** 200, PosMschr. **06** 41. Die unberechtigte Wegnahme der Kinder durch die Mutter stellt nicht unter allen Umständen eine schwere Eheverletzung dar. **e)** Trunksucht. (JDR. **4** Ziff. II 2 e, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 7 d a. E.) **RG.** 15. 1. 06, JW. **06** 140. Beharrliche Trunkenheit als ehrloses und unsittliches Verhalten, für das auch ein wegen Geistesschwäche beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte verantwortlich zu machen ist. **f)** OLG. **12** 316 (Karlsruhe) über einen Fall, in dem auf Grund der besonderen Umstände Äußerungen, die der eine Ehegatte gegenüber dem Privatdetektiv des anderen gemacht hat, keinen Scheidungsgrund bildeten.

§ 1569. Geistige Gemeinschaft. (JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 1.) *Kuhlenbeck, ZBlFG. **7** 289 ff., wendet sich gegen die Entscheidung des **RG.** JW. **01** 29 (JDR. **1** Ziff. 1) und nimmt das Bestehen der geistigen Gemeinschaft so lange an, als noch der sog. affectus maritalis, die allgemeine Anteilnahme an den Lebensverhältnissen des anderen, besteht, wie sie z. B. auch eine ungebildete Mutter an den Verhältnissen ihres hochgebildeten Sohnes nehmen kann (290).

§ 1570. 1. Beischlafsvollziehung als Verzeihung. (JDR. **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 1g.) **a)** **RG.** 25. 10. 06, JW. **06** 752. In dem freiwilligen Beischlaf des einen Ehegatten mit dem anderen liegt nicht regelmäßig eine Verzeihung. Vgl. auch **RG.** 25. 6. 06, GruchotsBeitr. **51** 187. **b)** **RG.** 29. 10. 06, JW. **06** 752. Damit, daß die Beischlafsvollziehung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes stattfindet, ist es nicht unvereinbar, daß zu gleicher Zeit oder schon vorher eine persönliche Stimmung Platz gegriffen hat, und ist es deshalb rechtsirrtümlich, den Einwand der Verzeihung damit zu beseitigen, daß die Ehefrau ein Recht habe, die Befriedigung ihres Geschlechtstriebs von ihrem Ehemanne entgegenzunehmen. **c)** OLG. **12** 317 (Hamburg). Der Umstand, daß zwischen den Eheleuten wiederholt der Beischlaf vollzogen ist, kann nicht rein mechanisch als Verzeihung ausgelegt werden, vielmehr hängt es von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob der Beischlaf als der Ausdruck des subjektiven Empfindens des betreffenden Ehegatten, daß er trotz der ihm widerfahrenen Unbill die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als für ihn erträglich ansehe, aufgefaßt werden darf. Vgl. **RG.** JW. **07** 79.

2. **RG.** 29. 10. 06, JW. **06** 754. Zur Verzeihung ist nicht die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft oder doch die Inaussichtnahme dieser erforderlich, vielmehr kann eine Verzeihung sehr wohl stattgefunden haben, ohne daß die Ehegatten über die rechtlichen Folgen der Verzeihung sich klar sind und ohne daß der weitere Schritt der Herstellung der häuslichen Gemeinschaft unternommen wird.

3. Bedingte Verzeihung? (JDR. **3** Ziff. 2 u. 3, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1a.) OLG. **12** 316 (Hamburg). Eine Verzeihung unter einer auflösenden Bedingung mit der Wirkung, daß im Falle des Eintritts der Bedingung die Verzeihung als von Anfang an nicht erfolgt zu gelten habe, gibt es nicht.

4. Generalverzeihung. (JDR. **4** Ziff. 2c, **1** Ziff. 2.) BadRpr. **06** 18 u. 167 (Karlsruhe). Generalverzeihung ist möglich; es muß aber, wenn nicht besondere Gründe für das Gegenteil vorliegen, angenommen werden, daß nur die bekannten Verfehlungen verziehen werden sollen.

5. BayObLG., BayRpflZ. **06** 276. Ein Vergleichsversuch ist noch keine Verzeihung.

§ 1571. I. Abs. 1. Kenntnis. (JDR. **4** Ziff. 1.) OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 31. Fahrlässige Unkenntnis ist der Kenntnis hier nicht gleichgestellt. — Erfährt jemand von einer der Vergangenheit angehörigen Tatsache nur durch Mitteilung seitens eines Dritten, so wird man regelmäßig erst dann von erlangter Kenntnis sprechen können, wenn die Mitteilung vom Empfänger für wahr gehalten wird.

II. Abs. 2 Satz 2. 1. **RG.** 29. 3. 06, **63** 113 ff., JW. **06** 356. Die Aufforderung des einen Ehegatten an den anderen kann mit der Wirkung, die Klagefrist wieder in Lauf zu setzen, auch durch einen Vertreter abgegeben werden. Die Aufforderung beeinflußt den Lauf der Klagefrist nicht nur mit Bezug auf solche Verfehlungen, die vor ihrem Erlaß begangen sind, sondern setzt die klagerhaltende Wirkung des Getrenntlebens überhaupt außer Kraft.

2. Ernstlichkeit des auf Wiederherstellung gerichteten Willens? (JDR. **4** Ziff. 2b.) **RG. 61** 162. Wenn die Aufforderung inhaltlich der gesetzlichen Vorschrift des Abs. 2 entspricht, kommt es nicht darauf an, ob der Wille des Klägers wirklich auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichtet gewesen ist.

3. Wie OLG. Hamburg (JDR. **4** Ziff. 1b) jetzt auch **RG.** SeuffA. **61** 197.

§ 1573. **a)** **RG.** 15. 3. 06, GruchotsBeitr. **50** 1104 ff., SeuffBl. **07** 110 ff. § 1573 ist für den Fall gegeben, daß die neuen Tatsachen nicht ausreichen, den Tatbestand eines Scheidungsgrundes zu erfüllen, daß sie aber einen Scheidungsgrund abgeben, wenn sie im Zusammenhalte mit den früheren, zur selbständigen Begründung der Scheidungsklage nicht mehr geeigneten Vorgängen betrachtet werden. Nicht ist etwa erforderlich, daß die nicht durch Verzeihung oder sonst ausgeschlossenen Tatsachen, schon allein für sich betrachtet, schwere ehezerrüttende Verfehlungen darstellen. Ebenso **RG.** 17. 12. 06, JW. **07** 107. (Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 3, **2** **RG.** JW. **03** Beil. 48.) **b)** **RG.** 29. 3. 06, JW. **06** 357. Die Unterstützung durch frühere Thatsachen kann nicht allein in einer Vorbereitung und Verschärfung der ehezerrüttenden Wirkung, sondern auch in der Vermehrung des Schuldmaßes bestehen.

§ 1574. 1. **RG.** 23. 4. 06, JW. **06** 392. Wenn das Berufungsgericht lediglich eine bedingte Entscheidung über den Antrag des Beklagten, auch die Klägerin für schuldig zu erklären, fällt, im übrigen aber sich eines Ausspruchs über die Scheidung enthält, schafft es die Möglichkeit, daß der Scheidungsanspruch rechtskräftig wird, bevor über die Schuldfrage endgültig entschieden wird und verletzt hierdurch nicht nur Vorschriften des Verfahrens, sondern auch den § 1574, der die Verbindung des Scheidungsausspruchs mit der Entscheidung über die Schuldfrage grundsätzlich anerkennt.

2. **a)** **RG.** JW. **06** 426. Die an die Spitze des Abs. 3 gestellten Worte: „ohne Erhebung einer Widerklage" sind auf den zweiten der im Abs. 3 geregelten Fälle nicht zu beziehen (JW. **04** 489). **b)** BayObLG., BayRpflZ. **06** 276. Im Widerklageantrag als solchem kann nicht schon der selbständige Mitschuldantrag des Abs. 3 erblickt werden. (AM. Staudinger, BGB. Note 3d.)

§ 1575. Vgl. u. zu § 1783.

§ 1576. Francke, ACivPr. **98** 469 ff. Der Antrag des Abs. 1 ist keine besondere Klage, sondern vielmehr ein Antrag auf Fortsetzung des früheren Verfahrens. Sühnetermin nicht erforderlich. — Im wesentlichen übereinstimmend mit Davidson, JDR. **1** zu § 1576.

§ 1578. 1. **RG.** 1. 5. 06, R. **06** 938. Für die Beurteilung des Unterhaltsbedürfnisses einer geschiedenen Ehefrau, sowie für die Beurteilung der Fähigkeit des für schuldig erklärten Ehemanns und seiner Verpflichtung, den von der Frau geforderten Zuschuß zu ihrem Unterhalte zu leisten, sind die Verhältnisse maßgebend, wie sie zur Zeit des Scheidungsurteils bestanden haben.

2. Üblichkeit des Erwerbes durch Arbeit der Frau. **RG.** 18. 1. 06, JW. **06** 140. Entsprach es den Verhältnissen während der Ehe nicht, daß die Frau in fremden Häusern Dienste leistete, so darf auch nach der Scheidung ihr regelmäßig das nicht zugemutet werden. Ob eine Frau erwerbende Tätigkeit während der Ehe tatsächlich ausgeübt hat, ist für die Frage der Üblichkeit nicht ausschlaggebend. — Es darf nicht lediglich auf den Stand der Frau oder den Stand des Mannes Rücksicht genommen werden, sondern es müssen auch ihr Vermögen, Erwerb, Beruf, Amt und ähnliche das Erwerbsleben und die gesellschaftliche Stellung der Eheleute berührende Umstände berücksichtigt werden.

§ 1579. OLG. Karlsruhe, PuceltsZ. **06** 19. Bei der Frage, wieviel der Beklagte ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts abgeben kann,

sind Beiträge, welche er zur Erhaltung seiner Lebensversicherungsverträge zu zahlen hat, nicht zu berücksichtigen, weil sie Kapitalanlagen darstellen, welche hinter den dem Beklagten obliegenden Unterhaltsverbindlichkeiten zurückzustehen haben.

§ 1586. Rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. (JDR. **4**, 3, 2, 1 zu § 1586.) Francke, ACivPr. **98** 466 f. Es handelt sich um eine Ehe mit Willkür der Scheidung, die fähig ist, ohne weiteres in volle Ehe überzugehen, ohne Lebensgemeinschaft und ohne irgend welches Vermögensrecht, sowie ohne alle auf Lebensgemeinschaft oder Vermögensrecht gegründeten oder auf diese bezüglichen Verhältnisse, aber mit den wenigen sonstigen Rechtsverhältnissen von Gatten einer vollen Ehe. — Im übrigen sachlich im wesentlichen übereinstimmend mit Th. Olshausen, JDR. **2** Ziff. 3. Abweichend von Olshausen ist Francke 456 f. der Ansicht, daß ein Ehebruch, der begangen ist, während die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, niemals bestraft werden kann.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vgl. JDR. **3** zu § 1589.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1593. 1. HansGZ. **06** Beibl. 101 (Hamburg). Die angebliche Unehelichkeit eines Kindes kann nach dem Tode des Ehemanns nur dann geltend gemacht werden, wenn der Mann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Die Mutter hat kein Recht der Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes schlechthin, wie es der Mann gehabt hätte. Sie kann, wie andere Personen, die Unehelichkeit des Kindes nur geltend machen, soweit sie daran ein im Prozeßwege zulässigerweise verfolgbares rechtliches Interesse hat, also entweder durch Feststellungsklage bzw. Feststellungswiderklage, falls die Voraussetzungen der §§ 256, 280 ZPO. gegeben sind, oder auch durch inzidenter erfolgende Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes als Präjudizialpunktes bei der Verfolgung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Anspruches oder der Bestreitung einer durch die Unehelichkeit des Kindes bedingten Verpflichtung. Der Unterhaltsanspruch gegen den außerehelichen Vater würde nicht dadurch festgestellt werden, daß die Klage auf Aberkennung der Ehelichkeit durchdringt.

2. PosMschr. **06** 169 (Stettin). Die Frist des § 1593 gilt auch für die Klage gegen vor dem 1. 1. 00 geborene Kinder.

§ 1594. 1. HansGZ. **06** Beibl. 29 ff. (Hamburg). Die Anfechtungsfrist beginnt, wenn der Mann die Geburt „erfährt“. Die Frist soll danach mit dem Zeitpunkte beginnen, in welchem der Mann eine bestimmte Kunde von der Geburt des Kindes, insbesondere durch eine an ihn gelangte zuverlässige Nachricht erhalten hat. Zwar reicht es hiernach nicht aus, daß bei dem Manne aus irgendwelchen Umständen ein bloßer subjektiver Verdacht entsteht, seine Frau habe ein nicht von ihm stammendes Kind geboren. Gelangt hierüber aber eine Nachricht von glaubwürdiger Seite an ihn, so genügt es zur Hinausschiebung des Beginnes der Klagefrist nicht, daß er trotzdem an der Richtigkeit der Nachricht noch Zweifel hegt, die er durch Einziehung von Erkundigungen, insbesondere an behördlicher Stelle, sofort haben kann. „Erfahren“ hat er die Geburt des Kindes solchenfalls sofort mit der Nachricht. Daß der Vater nachträglich den Glauben an die Richtigkeit der Mitteilung verloren hat, ändert hieran nichts.

2. HansGZ. **06** Beibl. 155 (Hamburg) verneint die Frage, ob ein Kind, das während der Ehe geboren ist, gegen seinen präsumtiven Vater auf Fest-

stellung seiner Ehelichkeit klagen kann, während die einjährige Frist des § 1594 BGB. für die Anfechtung seiner Ehelichkeit noch läuft, weil der Vater die Ehelichkeit außergerichtlich angezweifelt oder bestritten hat.

3. PosMschr. **06** 83 (LG. Graudenz). Ein innerhalb der 302 Tage nach dem Tode des ersten Ehemanns und vor der Wiederverheiratung der Witwe geborenes Kind kann von dem zweiten Ehemann als das seinige zu gerichtlichem Protokoll rechtswirksam nicht anerkannt werden. Es muß erst die Ehelichkeit des Kindes durch Klage angefochten sein.

4. SächsRpflA. **06** 348 (Dresden). Täuschung über die Vaterschaft ist nicht geeignet, die Folge der Versäumung der Ausschlußfrist des § 1594 zu beseitigen.

5. HansGZ. **06** Beibl. 160 (Hamburg). Die Bestimmung des § 1594, daß eine Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nur binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkte an, zu welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt, erfolgen kann, findet auf Kinder, die vor dem 1. 1. 00 geboren sind, keine Anwendung. Sie beginnt auch nicht, wie das OLG. Rostock (OLG. **1** 314) annimmt, mit dem 1. 1. 00 zu laufen. Für die früher geborenen Kinder laufen die Anfechtungsfristen des früheren Rechtes weiter, und wo solche, wie in dem zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte nicht existierten, kommt für ein Erlöschen des Anfechtungsrechtes nur die Verjährung in Betracht.

Dritter Titel. **Unterhaltspflicht.**

Vorbemerkung: An Literatur ist nur der Aufsatz von David zu vermerken. Dagegen sind eine Reihe wichtiger Entscheidungen, insbes. zu §§ 1603, 1608 und 1612 zu verzeichnen.

Literatur: David, Eine Vollstreckungslist, R. **06** 1368/1369.

§ 1601. 1. David, R. **06** 1368 f. Wie die Erfüllung jeder Verpflichtung, ist auch die Erfüllung der Unterhaltsverpflichtung nach § 242 BGB. von dem Grundsatze von Treu und Glauben beherrscht. Geht man hiervon aus und berücksichtigt man, daß der zu gewährende Unterhalt zur Bestreitung des gesamten Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten zu dienen hat (§ 1610 BGB.), so ergibt sich, daß eine Unterhaltsverpflichtung ordnungsmäßig nur erfüllt wird, wenn der gezahlte Unterhaltsbetrag dem Unterhaltsberechtigten zu jenem Zwecke auch belassen wird. — Der Ehemann, der den als Unterhalt gezahlten Betrag sofort nach der Zahlung der Ehefrau durch Pfändung wieder entzieht und für seine Zwecke verwendet, ist der ihm gegen seine Ehefrau obliegenden Unterhaltsverpflichtung nicht gerecht geworden.

2. R. **06** 1198, SeuffA. **61** 138 (Dresden). Solange der Vater zum Unterhalt der Kinder imstande ist, tritt die Unterhaltspflicht der Mutter nicht ein.

§ 1602. 1. HansGZ. **06** Beibl. 144 (Hamburg). Unterhaltspflicht des Vaters minderjährigen Töchtern gegenüber.

2. Abs. 2. Vgl. u. Ziff. 1 zu § 1629.

§ 1603. 1. R. **06** 863, SächsA. **15** 722 (Dresden). Für die Unterhaltspflicht des Vaters kommt es nicht sowohl auf die Höhe seines wirklichen Verdienstes an, als darauf, was er nach seinen persönlichen Fähigkeiten zu verdienen vermag.

2. **RG.** JW. **06** 357, PosMschr. **06** 83. Wenn und soweit der Vater bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem minderjährigen unverheirateten Kinde den Unterhalt zu gewähren, so ist die Mutter unterhaltspflichtig, es sei denn, daß sie bei Berücksichtigung ihrer sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung ihres standesmäßigen Unterhalts dem Kinde den fehlenden Unterhalt zu gewähren. Soweit auch diese Unterhaltspflicht der Mutter versagt und ein

anderer unterhaltspflichtiger Verwandter nicht vorhanden ist, ist der Vater zu den Leistungen nach Abs. 2 des § 1603 verpflichtet; in gleicher Weise haftet nach dem Vater die Mutter gemäß Abs. 2 des § 1603.

3. Abs. 2. BraunschwZ. **06** 154 (Braunschweig). Zu den sonstigen Verpflichtungen des Abs. 1 gehört auch die regelmäßige Unterhaltspflicht, die dem Vater der unterhaltsberechtigten ehelichen Kinder unehelichen Kindern gegenüber nach § 1708 Abs. 1 BGB. obliegt. Diese Verbindlichkeit fällt nicht unter die im 3. Titel des 4. Buches des BGB. geregelte familienrechtliche Unterhaltspflicht, da zwischen dem Vater und seinem unehelichen Kinde ein familienrechtliches Verhältnis nicht besteht. Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes steht den Ansprüchen anderer Gläubiger gleich; er ist von der Leistungsfähigkeit des Vaters nicht abhängig und besteht ohne Rücksicht auf das Vorhandensein unterhaltsberechtigter ehelicher Kinder und ohne Rücksicht darauf, ob für deren Unterhalt dem Unterhaltspflichtigen etwas verbleibt.

4. HansGZ. **06** Beibl. 311 (Hamburg). Die Mutter geht dem Vater bei dem Unterhalt der Kinder nur dann vor, wenn der Vater in der gesteigerten Weise des § 1603 Abs. 2 haften würde, während die Mutter in der Lage ist, nach § 1603 Abs. 1 Unterhalt zu gewähren.

§ 1608. WürttJ. **18** 193 (Stuttgart). Der Vater der Frau eines vermögenslosen Ehemanns ist zum Unterhalte verpflichtet. Er erwirbt keinen Anspruch gegen den Ehemann. Der im § 1608 Abs. 1 Satz 3 angeführte § 1607 Abs. 2 behandelt nur den Übergang von Ansprüchen gegen denjenigen, gegen den die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Der Anspruch gegen einen solchen Verwandten soll auf den anderen Verwandten, der den Unterhalt gewährt hat, übergehen, nicht aber auch der Anspruch gegen einen Verwandten, der auf Grund des Abs. 1 von § 1607 nicht unterhaltspflichtig ist, d. h. deshalb nicht, weil er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Dies ergibt sich neben Wortlaut und Stellung des § 1607 Abs. 2 Satz 2 auch noch aus einem inneren Grunde: da der im Abs. 1 des § 1607 genannte Verwandte nicht unterhaltspflichtig ist, so kann auch kein Anspruch gegen ihn entstehen, also auch nicht auf einen Dritten übergehen. Ein Übergang des Anspruchs kann vielmehr nur gegenüber solchen Verwandten in Frage kommen, deren Verfolgung ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Nur auf solche Verwandte kann sich daher die Bestimmung des § 1608 Abs. 1 Satz 3 beziehen.

§ 1610. 1. SächsOLG. **27** 471 (Dresden). Auch die ehelichen Kinder des Schuldners müssen sich in bezug auf die Bemessung des ihnen zu gewährenden Unterhalts eine gewisse Einschränkung gefallen lassen, wenn und solange ihrem Vater die Verpflichtung obliegt, der außerehelichen Tochter einen Unterhaltsbeitrag zu gewähren.

2. HansGZ. **06** Beibl. 88 (Hamburg). Der Vater ist nicht verpflichtet, seiner armen Tochter, deren Unterhalt er bestreitet, auch die Prozeßkosten für einen Ehescheidungsprozeß vorzuschießen.

§ 1612. 1. BadRpr. **06** 167 (Karlsruhe). Kann dem Unterhaltsberechtigten nicht zugemutet werden, mit dem Verpflichteten in häuslicher Gemeinschaft zu leben und bietet der Verpflichtete Unterhalt nur bei sich an, so wählt er damit für den Berechtigten eine unausführbare Art der Unterhaltsgewährung. Es wird damit eine Sachlage geschaffen, welche nicht anders beurteilt werden kann, als wenn er den Unterhalt schlechthin verweigert hätte. In einem solchen Falle muß das Kind für berechtigt erklärt werden, sofort eine Geldrente gemäß § 1612 zu verlangen.

2. R. 06 1138, SeuffA. 61 281 (Braunschweig). Die Alimentation durch Geldrente bildet die Regel, derart, daß, um eine Ausnahme zu rechtfertigen, auf der einen oder anderen Seite Umstände so schwerwiegender Natur vorliegen müssen, daß unter Abwägung der beiderseitigen Interessen dem Unterhaltsberechtigten die in der Naturalverpflegung liegende Einschränkung seiner persönlichen Freiheit und tatsächliche Bevormundung ausnahmsweise zugemutet werden darf.

3. R. 06 863 (KG.). Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts aus § 1612 Abs. 2 BGB. hat nur darüber zu ergehen, in welcher Art (als Rente oder Naturalalimentation) und für welche Zeit im voraus (Woche, Monat) der Unterhalt von den Eltern dem unverheirateten ehelichen Kinde gewährt werden soll. Dagegen hat über die Unterhaltspflicht der Eltern als solche nach Grund und Betrag, sowie über die kalendermäßigen Termine der zu leistenden Zahlungen das Prozeßgericht konkret zu entscheiden. Die vom Vormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit getroffene bezügliche Entscheidung ist für das Prozeßgericht bindend.

4. R. 06 118 (KG.). Die im § 1612 Abs. 2 Satz 2 gewährte Befugnis findet ihre natürliche Schranke darin, daß das Vormundschaftsgericht an die Stelle der von den Eltern bestimmten Art nur eine solche Art der Unterhaltsgewährung setzen kann, welche dem Kinde erreichbar ist. Niemals kann durch die Bestimmung der Art des Unterhalts solchen Kindes zugleich sein Aufenthalt bestimmt und dadurch in die Rechte derjenigen, welche über seinen Aufenthalt zu bestimmen haben, eingegriffen werden. Ein solcher Eingriff ist vielmehr nur nach § 1666 BGB. möglich.

§ 1613. 1. BreslauAK. 06 6 (LG. Hirschberg). Der Armenverband ist hinsichtlich seines Ersatzanspruchs nicht durch die Grenzen beschränkt, welche dem Hilfsbedürftigen durch § 1613 für die Ausübung seines Unterhaltsanspruchs gegenüber seinen Verwandten gesetzt sind. Der Ersatzanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Hilfsbedürftige es unterlassen hat, seine Verwandten um Hilfe anzugehen und sie dadurch in Verzug zu setzen. Der Armenverband ist auch nicht verpflichtet, die Verwandten des Unterstützten aufzufordern, ihrer Unterhaltspflicht zu genügen.

2. SchlHolstAnz. 06 51 (Kiel). Der Anspruch des Armenverbandes auf Ersatz der von ihm gewährten Unterstützungen umfaßt nicht die künftig fällig werdenden Unterhaltsbeiträge.

§ 1615. SchlHolstAnz. 06 150 (Kiel). Der Grundsatz: in praeteritum non vivitur findet auch auf die Unterhaltspflicht der Gatten Anwendung.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

Vorbemerkung: Die Erteilung des Vornamens hat sowohl Rechtsprechung wie Theorie beschäftigt, namentlich die Frage, mit welchem Akt die Erteilung des Vornamens als erfolgt anzusehen ist. — Der Einfluß des § 1617 auf die Bestimmung des Vaters und auf die Krankenversicherungspflicht ist in der Rechtsprechung erörtert. — Die Aussteuerpflicht hat in der Dissertation von K. v. Zimmermann gründliche Behandlung erfahren. — Über die Ausstattung (§ 1624) liegen mehrere Erkenntnisse des RG. vor: a) Ausstattung ist auch das obligatorische Versprechen der Gewährung; b) Ausstattung kann auch in der Verpflichtung zur Gewährung freier Wohnung bestehen; c) Mitgiftversprechen als Entgelt für die Heirat; d) Versprechen einer Leibrente als Mitgift bedarf der Schriftform.

Literatur: v. Blume, Kommentar z. BGB. (Familienrecht). — Klein, Ist zur Schenkung nach §§ 516 ff. der animus donandi erforderlich? JW. 06 100. — Planck (3) Kommentar z. BGB. (Familienrecht). — v. Zimmermann, Der strafrechtliche Schutz des Adels,

FischersZ. **30** 193—238. — K. v. Zimmermann, Der gesetzliche Aussteueranspruch nach dem BGB. Leipzig 1906.

§ 1616. I. Familienname. 1. Adel (o. § 12 Ziff. II 4). **a)** *v. Zimmermann, FischersZ. **30** 222. Das bürgerliche „von" vor Familiennamen ist Namensteil, das adelige nicht. Das Adelsrecht ist öffentliches Landesrecht, vom BGB. unberührt, dessen Bestimmungen über Namensrecht auf Adelsprädikate unanwendbar sind. Auch § 360⁸ StGB. stellt „Adelsprädikate" gesondert neben „Namen", erachtet jene also nicht als Teil des Familiennamens. Der Adel geht auf das uneheliche und angenommene Kind nicht über (JDR. **1** zu § 1616 Ziff. 4, **3** zu § 1616 Ziff. 2a, **4** zu § 1616 Ziff. II 2a). **b)** SächsOVG. 6. 11. 05, DJZ. **06** 769 (auch SächsOVG. **8** 155) s. o. Ziff. II 4e zu § 12. **c)** BayObLG. **6** 743. Der § 19 II. 9 PrALR. begründet eine Vermutung für die Verleihung des Adels, wenn der Prätendent oder dessen Vorfahren des adligen Prädikats 44 Jahre lang ruhig sich bedient haben.

2. Namensänderung. **a)** v. Blume Note 2 zu § 1616. Der Name des Kindes ändert sich auch dann mit dem des Vaters, wenn dieser auf Grund öffentlichen Rechtes einen anderen Familiennamen erhält. AA. Staudinger-Engelmann, JDR. **3** zu § 1616 II 6. Auch Planck (3) zu § 1616 Note 1b läßt in diesem Falle das Kind den neuen Namen nur erwerben, wenn der zur Vertretung berechtigte Vater die Änderung für das Kind nachsucht. **b)** KG., PosMschr. **06** 100. Die PrKabO. 15. 4. 1822 verbietet bei Strafe jede Änderung des Familien- oder Geschlechtsnamens. Eine solche Änderung liegt auch in der ohne weiteren Zusatz erfolgenden Beifügung eines anderen Namens zu dem Familiennamen. Wenn die Frau aber ihrem durch die Ehe erworbenen Familiennamen ihren Geburtsnamen mit dem Zusatz „geborene" oder „geb." beifügt, so ändert sie ihren Namen nicht, da der Zusatz erkennen läßt, daß der folgende Name nicht als jetziger Familienname gebraucht werden soll, sondern der frühere Name ist, der rechtlich die in den §§ 1706, 1758, 1577 Abs. 2 angegebenen Bedeutungen hat. **c)** v. Zimmermann, FischersZ. **30** 216. Adelsverleihung ist keine Namensänderung.

3. OLG. **12** 203 (KG.) s. o. § 12 Ziff. II 4c.

II. Vornamen: Namengebung; Änderung (o. § 12 Ziff. II 5). **a)** v. Blume Note 3 zu § 1616 (Note 4 zu § 1627). Die Vornamengebung ist Ausfluß des Rechtes zur Vertretung in persönlichen Angelegenheiten (nicht der tatsächlichen Fürsorge). Sie geschieht formlos. Weder Taufe noch Anzeige ans Standesamt haben an sich konstitutive Wirkung. Über Zulässigkeit nachträglicher Änderung bestimmt das öffentliche Recht. **b)** Planck (3) Note 2 zu § 1616. Regelmäßig erfolgt Namengebung bei der Anzeige an das Standesamt oder bei der Taufe. Änderung des bei der Anzeige am Standesamt oder bei der früheren Taufe gegebenen Vornamens nur mit obrigkeitlicher Erlaubnis zulässig. **c)** BayObLG. **6** 645, OLG. **12** 341, SeuffBl. **06** 654 (BayObLG.). Die Angabe des Vornamens vor dem Standesamt ist nicht die vorgeschriebene Form für die Erteilung des Namens, diese erfolgt gewöhnlich in anderer Weise: nach weitverbreiteter Sitte, auf die das Gesetz im § 22 Abs. 3 Rücksicht genommen hat, wird sie mit der Taufe verbunden, und wenn sie zugleich mit der Angabe vor dem Standesbeamten erfolgt, indem der Vater durch diese Angabe des Namens den Willen der Namenserteilung betätigt, so wird nicht die Willenserklärung, sondern die Anzeige der Tatsache, daß der angegebene Name dem Kinde erteilt ist, beurkundet. Daher Berichtigung möglich, wenn ein anderer Name erteilt ist, als der vom Vater bei der Anzeige angegebene (s. JDR. **1** zu § 616 Ziff. 2b, c).

§ 1617. **a)** RG. R. **06** 247. Der Haussohn, der dem elterlichen Haushalt angehört und von seinem Vater unterhalten wird, ist zur Dienstleistung

gemäß § 1617 verpflichtet; hat der Haussohn als solcher, nicht als Knecht solche Dienste geleistet und ist er infolge einer Verletzung zur Leistung derselben nicht mehr imstande, so ist auch der Vater wegen dieser Verletzung des Sohnes schadensersatzberechtigt. **b)** PrOVG., DIZ. **06** 1154. § 1617 setzt voraus, daß das Kind erzogen oder unterhalten wird, sei es zufolge gesetzlicher Unterhaltspflicht, sei es zufolge freiwilliger Entschließung der Eltern; es entsteht dann die gesetzliche Verpflichtung des Kindes zur Dienstleistung. Das Kind erhält also den Unterhalt in seiner Eigenschaft als Kind, nicht als Entschädigung für die Dienste. Das Kind hat auch nicht wie eine bezahlte Arbeitskraft volle, uneingeschränkte Arbeitshilfe zu leisten, sondern nur entsprechend seinen Kräften und seiner Lebensstellung sich nützlich zu machen, Dienste im allgemeinen zu leisten. Durch einen Dienstvertrag entsteht dagegen eine Vertragspflicht des Kindes zur Leistung der versprochenen Dienste, der vertragsmäßig übernommenen Arbeit in vollem Umfange, und eine Vertragspflicht der Eltern zur Leistung der vereinbarten oder üblichen Vergütung als Entschädigung. Mit der Schließung eines Dienstvertrags ist das Kind in wirtschaftlicher und steuerlicher Hinsicht wie eine bezahlte, also Betriebskosten innerhalb der elterlichen Ertragsquelle verursachende Arbeitskraft zu behandeln. Auch wenn die Schließung eines Dienstvertrags in der Absicht der Steuerersparung erfolgt, kann hiermit ein Grund für die Annahme eines Scheinvertrags nicht hergeleitet werden. Vgl. SächsOVG. 6. 11. 05, DIZ. **06** 1379; s. IDR. **4** zu § 1617a. **c)** DIZ. **06** 1033 (SächsOVG.). Das tatsächliche Arbeiten des Kindes im elterlichen Betriebe genügt nicht zur Annahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne des § 2 Ziff. 3 KrankVG., es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, in denen arbeitsrechtliche Vereinbarungen zu finden sind und die ergeben, daß das Hauskind den Eltern seine Arbeitskraft gegen eine außerhalb des Familienrechts liegende, geldwerte Gegenleistung zur Verfügung stellen will.

§ 1620. 1. Entstehung des Aussteueranspruchs. **a)** v. Zimmermann 30 ff. Der Aussteueranspruch entsteht erst im Augenblicke der Eheschließung (arg. § 1623 Satz 2). Es kann aber vorher auf Feststellung geklagt werden bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses und zwar kann nicht nur Feststellung des Anspruchs in quali begehrt werden, vielmehr ist es Tatfrage, ob die Angemessenheit sich schon vorher bestimmen läßt, was in vielen Fällen möglich ist, da nur bei nahe bevorstehender Heirat rechtliches Interesse an der Feststellung vorhanden sein wird; ebenso ist Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO. möglich. **b)** v. Blume Note 5a zu § 1620 spricht sich gegen Feststellungsklage vor der Ehe aus, sowie gegen Klage auf zukünftige Leistung (s. IDR. **4** zu § 1620 Ziff. 1).

2. Gegenstand des Aussteueranspruchs (s. IDR. **3** u. **4** zu § 1620 Ziff. 2). **a)** **RG.** IW. **06** 458. Unter Aussteuer im Sinne des § 1620 sind zunächst und unmittelbar die zur Einrichtung gehörigen Haushaltungsgegenstände selbst zu verstehen. Aber der Gegenstand des Aussteueranspruchs ist damit nach der Natur des Rechtsverhältnisses nicht absolut und ein für allemal bestimmt. Gegenseitiges Vertrauen und Sitte kommen vornehmlich in Betracht und die Frage, wie die Aussteuer im Einzelfalle zu gewähren ist, wird in besonderem Maße von dem Grundsatze des § 242 beherrscht. Danach kann die Tochter eine angemessene Geldsumme z. B. verlangen bei Feindschaft mit den Eltern, bei Verschiedenheit der Wohnungs- und Lebensverhältnisse. Andererseits können regelmäßig die Eltern zwischen Aussteuergewährung in natura und in Geld frei wählen. Es handelt sich um verschiedene Erfüllungsmöglichkeiten in Ausfluß ein und desselben Klag- und Rechtsgrundes: Übergang vom Geldanspruch zum Anspruch auf Leistung in natura und umgekehrt stellt deshalb keine unzulässige Klagänderung dar. **b)** OLG. **12** 321

(Karlsruhe). Wenn auch das Gesetz Aussteuergewährung nicht in erster Linie in barem Gelde im Auge hat, so hat gemäß § 242 die Leistung doch in Geld zu erfolgen, wenn die Tochter und deren Mann die Aussteuer sich schon angeschafft haben. **c**) OLG. **12** 322 (Hamburg). Der Aussteueranspruch geht auf Verschaffung von Gegenständen, die zur Einrichtung des Haushalts dienen. Geld kann nur als Schadensersatz verlangt werden, wenn der Vater die Aussteuer verweigert und die Tochter sich deshalb die Sachen selbst angeschafft hat. **d**) v. Blume Note 4 zu § 1620. Der Aussteueranspruch geht auf die Sachen, die Eltern können sich aber durch Geldzahlung befreien (facultas alternativa); auf Geldleistung hat die Tochter einen Anspruch infolge Verzugs der Eltern. Ebenso Planck (3) Note 9b zu § 1620. **e**) v. Zimmermann 10 ff. Aussteuer ist, was Vater oder Mutter der Tochter im Falle der Heirat zur Einrichtung ihres Hausstandes zu gewähren verpflichtet sind; nur bewegliche Sachen (Möbel, Tische und Bettwäsche), aber nicht notwendig Sachen, sondern auch die erforderlichen Mittel zur Anschaffung. Kleidungsstücke und Leibwäsche gehören nicht zur Aussteuer, sind vielmehr Teil des Unterhalts und deshalb von den Verwandten der Tochter so zu gewähren, daß sie auch zur Zeit der Eheschließung noch brauchbar sind. **f**) v. Zimmermann 25 ff. Die Angemessenheit der Aussteuer richtet sich nach den Verhältnissen und nach Stand und Beruf des Ehemanns der Tochter, nicht aber nach dessen Vermögen und Einkommen. Ist der Pflichtige nicht in der Lage, eine den Verhältnissen des Ehemanns der Tochter entsprechende Aussteuer zu gewähren, wohl aber eine seinen eigenen Verhältnissen entsprechende, so hat er letztere zu geben. S. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 1 b. **g**) *v. Zimmermann 10. Die Aussteuer umfaßt weder Schmuck noch Kleider noch Leibwäsche (10); sie wird zweckmäßig in Geld gewährt (27). Nicht immer sind Sachen von mittlerer Art und Güte angemessen, sondern die besonderen Verhältnisse im Einzelfalle erfordern bald bessere, bald geringere Sachen (75). In der Regel ist dort zu leisten, wo der neu zu begründende Hausstand sich befindet (35). **h**) v. Blume Note 5a, Gefahr und Kosten des Transportes an den Wohnort der Ehegatten tragen die Eltern. **i**) v. Blume Note 1 zu § 1620. Zur Aussteuer gehören auch die für die eigensten Bedürfnisse der Frau bestimmten Sachen.

3. Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit. **a**) v. Zimmermann 39 ff. vertritt gegen Starke IDR. **4** zu § 1620 Ziff. 3a die Ansicht, daß nicht nur ein zur Beschaffung der angemessenen Aussteuer ganz ausreichendes Vermögen zu berücksichtigen ist. Ebenso hält Planck (3) zu § 1620 Ziff. 4 den Aussteueranspruch nur, soweit das Vermögen der Tochter reicht, für ausgeschlossen. **b**) v. Zimmermann 39[3]. Haben die Ehegatten schon vor der Eheschließung allgemeine oder Fahrnisgemeinschaft vereinbart, so kann der Aussteueranspruch ausgeschlossen sein, weil alsdann in dem Augenblick, in dem der Anspruch entstehen würde, die Tochter Vermögen hat. **c**) v. Blume Note 3bγ zu § 1620. Auf Vermögen, das mit der Bestimmung zugewendet ist, daß es nicht zur Aussteuer verwendet werden soll, darf die Tochter von den Eltern nicht verwiesen werden. **d**) ElsLothIZ. **06** 358, R. **06** 118 (Colmar). Der Vater wird von der Verpflichtung zur Aussteuerung der Tochter frei, wenn dieser von dritter Seite (Mutter oder anderen Verwandten) ein hierzu ausreichendes Vermögen zugewendet worden ist; es kommt nur darauf an, daß sie das Vermögen besitzt, nicht auf die Herkunft des Vermögens. **e**) v. Zimmermann 26. Hat die Tochter, weil vermögend, keinen Aussteueranspruch, so ist das von den Eltern zur Einrichtung des Haushalts Gewährte als Ausstattung anzusehen. **f**) Beweislast. α. v. Zimmermann 38. Der Verpflichtete hat seine Leistungsunfähigkeit zu beweisen, ebenso wie bei der Unterhaltspflicht. Ebenso v. Blume Note 5e zu § 1620; Fischer-Henle Note 4 zu § 1620, der aber im Gegensatze zu v. Blume dem

Vater auch den Beweis auferlegt, daß die Tochter ausreichendes Vermögen habe. S. JDR. 4 zu § 1620 Ziff. 3 b. β. v. Zimmermann 43. Die Vermögenslosigkeit der Tochter ist keine rechtsbegründende Tatsache, sondern Einwendung, die der Verpflichtete beweisen muß. S. JDR. 4 zu § 1620 Ziff. 3 b.

4. Verpflichtete. a) Annehmende. v. Zimmermann 21 ff. Der Annehmende ist vor den leiblichen Eltern aussteuerpflichtig. Die Reihenfolge der nacheinander möglicherweise nach Bruchteilen Haftenden ist: Annehmender Vater, annehmende Mutter, leiblicher Vater, leibliche Mutter. Die leiblichen Eltern haften nicht neben den Annehmenden, ebensowenig wie die Mutter des für ehelich erklärten Kindes neben dem Vater, dieser vielmehr vor ihr haftet. Gesamtschuldverhältnis schon deshalb nicht möglich, weil die maßgebenden Verhältnisse der Pflichtigen verschieden sein können. S. JDR. 4 zu § 1620 Ziff. 4. Für entsprechende Anwendung des § 1766 auch Blume Note 3 zu § 1620. b) Einfluß der Leistungsunfähigkeit eines Verpflichteten. v. Zimmermann 18, 40[5]. Ist der Vater nur teilweise leistungsfähig, so hat die leistungsfähige Mutter für den Rest aufzukommen. AA. Starke, JDR. 4 zu § 1620 Ziff. 4 b.

5. Haftung für Mängel. a) v. Zimmermann 74. In der Regel kann die Tochter statt der mangelhaften eine mangelfreie Sache verlangen. Es brauchen aber zur Aussteuer nicht immer neue Sachen gegeben zu werden; es kann z. B. angemessen sein, aus vorhandenem Hausrat die Aussteuer zu gewähren. § 2183 Satz 2 und 3 ist entsprechend anwendbar. Wer die Aussteuer in Sachen gewähren will, schuldet nicht Sachen mittlerer Art und Güte, sondern bald kostbare bald einfache, je nach den Verhältnissen; Analogieschluß aus § 2155 Abs. 1 ist gerechtfertigt. b) v. Blume Note 5 c. Die Haftung für Mängel im Rechte und für Sachmängel richtet sich nach § 1624 Abs. 2; zumeist werden §§ 523 Abs. 2 und 524 Abs. 2 anwendbar sein, da es sich um Gewährleistung bei Erfüllung der Aussteuerpflicht handelt, aber nicht die Vorschriften über Haftung des Käufers und nicht §§ 2182, 2183 (s. JDR. 4 zu § 1620 Ziff. 6).

§ 1621. 1. Abs. 1. Mangel der Einwilligung. a) *v. Zimmermann 51. Die Feststellungsklage ist auch zulässig, wenn der Verpflichtete behauptet, die elterliche Einwilligung fehle (33). Hat die Tochter eigenes Vermögen, das der elterlichen Nutznießung unterliegt, so kann die Gewährung der zur Einrichtung des Haushaltes erforderlichen Mittel trotz Fehlens der elterlichen Einwilligung nicht verweigert werden (51). b) *v. Zimmermann 50. Nachträgliche Genehmigung der Ehe durch den Einwilligungsberechtigten beseitigt die einmal erworbene Einrede ebensowenig wie Ablauf der Minderjährigkeit. c) v. Blume Note 4 zu § 1621 erblickt in nachträglichem Einverständnis regelmäßig einen Verzicht auf die Einrede. S. JDR. 4 zu § 1621 Ziff. 2 b.

2. Abs. 2. Verfehlung und deren Verzeihung. a) *v. Zimmermann 53. § 1 RStGB. kann für den Begriff der Verbrechen und Vergehen nicht durchweg maßgebend sein; ein unbedeutender Diebstahl gegen den Erblasser (Aussteuerpflichtigen) z. B. kann sich als Rückfallsdiebstahl darstellen (53). Die Unterhaltspflicht muß in der Vergangenheit verletzt worden sein, da eine Aussteuerpflicht überhaupt nicht bestehen würde, wenn der Elternteil z. Z. der Eheschließung noch unterhaltsbedürftig wäre (53). Eine ehrlose Tat genügt nicht (53). Die nach der Eheschließung begangene Verfehlung kann einredeweise geltend gemacht werden, die vom Verpflichteten verziehene aber nicht (56). Die leiblichen Eltern würden sich möglicherweise nicht weigern können, die Aussteuer zu gewähren, wenn sich die Tochter gegen den Annehmenden verfehlt, und umgekehrt (56). b) *v. Zimmermann 55 ff. Ob die Einrede der Verfehlung im Sinne des § 1621 Abs. 2 gegeben ist, richtet sich lediglich nach dem Zeitpunkt, in dem sie vorgeschützt wird. Es ist daher gleichgültig, ob die Verfehlung vor oder nach der Eheschließung

erfolgte (sonst müßte der Verpflichtete der Tochter bei Lebzeiten ein Vermögen geben, das er ihr durch letztwillige Verfügung entziehen kann). Auch die nach der Eheschließung erfolgte Verzeihung beseitigt die Einrede. (S. IDR. **4** zu § 1621 Ziff. 2.) — Planck (3) zu § 1621 Note 2. Ob Verzeihung nach der Eheschließung das Recht zur Verweigerung beseitigt, ist Auslegungsfrage. **c**) *v. Zimmermann 54. Hat der Verpflichtete von dem ehrlosen Wandel (§ 2333 [5]) Kenntnis gehabt und ihn nicht mißbilligt, so kann er die Aussteuer nicht verweigern. Dagegen kann er sie verweigern, wenn nicht er, sondern nur der andere Elternteil Kenntnis gehabt und trotzdem nicht widersprochen hat. AA. Süßheim, IDR. **1** zu § 1621 Ziff. 2. **d**) Planck (3) zu § 1621. Hatte die Tochter einen ehrlosen Wandel wider Willen des Elternteils geführt, aber schon zur Zeit der Eheschließung sich dauernd davon abgewandt (§ 2336 [4]), so kann sie die Aussteuer verlangen.

§ 1622. 1. *v. Zimmermann. War für die erste Ehe die Aussteuer wegen Verfehlung verweigert worden, so ist sie für eine spätere Ehe, falls der Grund weggefallen, zu geben (57). Hat die Tochter für die erste Ehe Ausstattung erhalten, kann sie möglicherweise für eine zweite Ehe Aussteuer verlangen, da sich das früher Gegebene nicht als Aussteuer charakterisiert (60). Nur die Gewährung einer angemessenen Aussteuer tilgt den Anspruch für immer, sonst kann später teilweise Ergänzung gefordert werden (bei anderweiter Eheschließung) (61).

2. Folge des Nichtzustandekommens einer früheren Ehe. **a**) Planck (3) Note 3 zu § 1622. Ist die frühere Ehe, für welche eine Aussteuer gegeben war, nicht zustande gekommen, so kann für eine neue Ehe wiederholte Aussteuergewährung verlangt werden, und es kann gegen diesen Anspruch der Anspruch der Eltern auf Zurückgewährung der früheren Aussteuer wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht aufgerechnet (§ 394) und dieserhalb auch kein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden. Geht der Bereicherungsanspruch auf Rückgewährung der früheren Aussteuersachen, so können die Eltern die Tochter auf diese Sachen behufs Erfüllung ihrer jetzigen Aussteuerpflicht verweisen. Hat die Tochter nur den Wert zu ersetzen, so steht den Eltern gegen den neuen Aussteueranspruch keine Einrede zu. **b**) v. Zimmermann 61 ff. Der Verpflichtete kann auf sein Rückforderungsrecht verzichten und braucht dann der Tochter zu dem aus der früheren Aussteuer Vorhandenen nur noch soviel hinzuzugeben, daß die Gesamtheit als angemessene Aussteuer erscheint. Ein Zurückbehaltungsrecht hat er aber nicht; dies würde gegen Treu und Glauben verstoßen, da er doch meist dieselben Sachen (oder das Geld) wiedergeben müßte (s. IDR. **4** zu § 1622 Ziff. 1 u. 2 und IDR. **1** zu § 1622 Ziff. 1 Abs. 2.

§ 1623. 1. Vererblichkeit. — v. Zimmermann 64. Der Aussteueranspruch ist vererblich, weil das Gesetz ihn nicht ausdrücklich für unvererblich erklärt und zu demselben Ergebnis ein Analogieschluß aus § 1615 Abs. 1 führt, weil er im ganzen fällig. — Für Vererblichkeit auch v. Blume Note 1 zu § 1623 (s. IDR. **4** zu § 1623 Ziff. 1).

2. Verzicht. Planck (3) zu § 1623 Ziff. 3. Verzicht gegenüber dem Vater befreit auch die Mutter. AM. v. Zimmermann 67. In Zweifelsfällen keine Befreiung der Mutter, wenn ihr auch die Berufung auf die subsidiäre Haftung natürlich gegebenenfalls offen bleibt.

3. Verjährung. — v. Zimmermann 57. § 204 findet Anwendung; s. IDR. **1** zu 1623 aE.

4. OLG. **12** 322 (Hamburg). Trotzdem der Aussteueranspruch nach § 1623 nicht übertragbar ist, gehört er doch nach §§ 1363 ff. zum Eingebrachten und kann deshalb nach § 1380 vom Manne in eigenem Namen geltend gemacht werden,

doch kann dieser mit Rücksicht auf § 1375 nicht aus eigenem Rechte Erfüllung an sich verlangen, bedarf hierzu vielmehr der Zustimmung der Frau.

§ 1624. 1. Begriff und Gegenstand der Ausstattung. **a)** Klein, JW. **06** 100. Aussteuer und Ausstattung sind unentgeltliche Zuwendungen, aber, trotzdem die Schenkungsdefinition (§ 516 Abs. 1 BGB.) dem Wortlaut nach auch diese Liberalitäten umfaßt, keine Schenkungen; vielmehr zieht § 1624 eine scharfe Grenze zwischen Ausstattung und Schenkung, beide erscheinen als species des genus „unentgeltliche Zuwendungen". **b)** RG. JW. **06** 426, SeuffA. **61** 46 f., BayRpflZ. **06** 360. Gegenstand der Ausstattung ist bloß die im Wege der Verfügung erfolgte unmittelbare Gewährung des Ausstattungsgutes, sondern auch das obligatorische Versprechen der Gewährung desselben (vgl. § 1465). Ausstattung ist auch nicht bloß die einmalige bei der Verheiratung oder Begründung der selbständigen Lebensstellung zur ersten Einrichtung erfolgende Zuwendung; es können darunter auch die während des Bestehens der Ehe oder nach Begründung der Selbständigkeit zur Fortführung der Wirtschaft versprochenen oder gewährten Zuwendungen fallen, wenn es die Absicht der Eltern war, Zuwendungen zwecks Erhaltung der Wirtschaft oder Selbständigkeit (nicht Schenkungen aus Liberalität zu irgendwelchen Zwecken) zu machen, während es nicht wesentlich ist, daß das Zugewendete zur Erhaltung der Wirtschaft objektiv erforderlich ist (s. JDR. **3** zu § 1624 Ziff. 1). **c)** RG. PosMSchr. **06** 84. Gegenstand einer Ausstattung können nicht nur Möbel und ähnlicher Hausrat sein, der Begriff der Ausstattung reicht vielmehr weiter als der der Aussteuer. Die Ausstattung kann in der vertragsmäßigen Begründung der Verpflichtung des Ausstattenden zu einer Leistung, z. B. zur Gewährung freier Wohnung für das Ehepaar, bestehen. Das Ausstattungsversprechen im Sinne des § 1624 kann auch dem künftigen Schwiegersohn gegenüber abgegeben werden, sofern nach den Umständen die zugesagte Ausstattung als für die Tochter bestimmt erscheint (vgl. JDR. **3** zu § 1624 Ziff. 3).

2. Mitgiftversprechen als lästiger Vertrag. (S. JDR. **4** zu § 1624 Ziff. 2.) **a)** RG. R. **06** 1258 (s. o. § 516 Ziff. II 2a). **b)** RG. **62** 273, PosMSchr. **06** 25, DJZ. **06** 370, JW. **06** 135, DNotV. **06** 256. § 1624 ist auf das Mitgiftversprechen eines Fremden nicht anwendbar, aber ein solches ist nicht immer eine Schenkung, die objektiv Bereicherung und ferner die Einigung über Unentgeltlichkeit erfordert, wobei es auf die Bedeutung der Zuwendung vom subjektiven Standpunkt der Beteiligten ankommt. Sollte der Versprechensempfänger nach dem Willen der Parteien, wenn er nach ihm freibleibender Entschließung die Heirat einging, dafür durch die versprochene Mitgift abgegolten werden, so sind sie über die Unentgeltlichkeit nicht einig, es fehlt an dem Willen, sie freigebig zu gewähren bzw. sie als unentgeltliche Leistung anzunehmen. Wenn es auch der Sitte nicht entspricht, von Heirat und Mitgift als Leistung und Gegenleistung zu sprechen, so können doch die Parteien dies nach Lage der Verhältnisse gewollt haben. (Vgl. o. § 516 Ziff. II 2 b). Ein Anhalt für diese Willensmeinung sich gewinnen, wenn festgestellt werden kann, daß der Empfänger des Mitgiftversprechens durch dieses zur Heirat veranlaßt werden sollte. **c)** RG. **63** 323, DJZ. **06** 879, JW. **06** 462. Eine Zuwendung und Eingehung der Ehe können nach dem Vertragswillen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, so daß die Zuwendung also nicht unentgeltlich im Sinne des § 516 ist. Das Versprechen einer Leibrente (z. B. eines jährlichen Zuschusses) bedarf aber der Schriftform, mag es auch der Tochter als Ausstattung gegeben sein, da § 1624 nur die Notwendigkeit der Schenkungsform beseitigt.

3. OLG. **12** 322 (KG.). Die Frage, ob eine als Ausstattung versprochene Rente lebenslänglich und auch für eine zweite Ehe des Kindes wirksam, läßt sich

nicht grundsätzlich entscheiden, ist vielmehr Auslegungsfrage. Erfolgt die Festsetzung der Rente mit Rücksicht auf die standesgemäßen Erfordernisse der ersten Ehe, so spricht dies dafür, daß sie nach Lösung der ersten Ehe fortfallen soll.

4. a) Zehnhoff, DJZ. 06 999. Mitgiften und Aussteuern sind nur insofern steuerfrei, als sie nach §§ 516, 1620, 1624 überhaupt nicht als Schenkungen zu gelten haben, oder als bei ihnen einer der für alle Schenkungen geltenden Befreiungsgründe (§§ 11, 56 Abs. 2 ErbschStG. v. 3. 6. 06) vorliegt. b) SächsRpflA. 06 524 (Dresden). Eine Urkunde, durch welche eine Hypothek dem Schwiegersohn und als Mitgift der Tochter überlassen wird, durch welche also der Schwiegersohn die Hypothek nur mit Rücksicht auf die Ehe und mit der Verpflichtung erhält, sie als Mitgift der Frau als zu deren Vermögen gehörig zu behandeln und nur die ihm nach dem gesetzlichen Güterstand am Frauenvermögen zukommenden Rechte an ihr auszuüben, enthält keine Schenkung an den Schwiegersohn, dem die Hypothek nur formell übertragen wird; daher kein Schenkungsstempel.

5. R. 06 1094 (Frankfurt). Ein Mitgiftversprechen, das der Vater der Frau dem Schwiegerson, aber zugunsten der Frau, abgibt, unterliegt der Formvorschrift für Schenkungen nur im Falle des Übermaßes. (S. JDR. 3 zu § 1624 Ziff. 3.)

§ 1625. a) v. Zimmermann 42 ff. § 1625 kann bei der Gewährung einer Aussteuer im technischen Sinne niemals in Frage kommen. Die gesetzliche Aussteuer ist aus dem Vermögen des Pflichtigen zu gewähren. Ist dieser bei Vorhandensein von Vermögen der Tochter nur zur Ergänzung der Aussteuer verbunden, beschafft aber die ganze Aussteuer, so kann hinsichtlich des über die gesetzliche Pflicht hinaus Beschafften § 1625 zur Anwendung kommen (s. JDR. 4 zu § 1625). b) v. Blume Note 1 zu § 1625. Ihrem Grundgedanken nach findet die Bestimmung des § 1625 auch auf die Gewährung der Aussteuer gemäß § 1620 Anwendung. (Vgl. JDR. 4 zu § 1625.)

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Eine Reihe von Einzelfragen, vorwiegend solche, die bereits früher Erörterung gefunden haben, hat in dem Berichtsjahre sowohl die Rechtsprechung wie die Wissenschaft beschäftigt, und zwar in ziemlich gleichem Maße auf dem Gebiete der Personensorge wie dem der Vermögensverwaltung. — Die Vertretungsbefugnis des Vaters hat nicht nur hinsichtlich der Stellung von Strafanträgen und der Erhebung von Privatklagen weitere theoretische Behandlung erfahren, sondern auch betreffs des Ausschlusses der Vertretungsmacht Literatur und Rechtsprechung beschäftigt; hervorzuheben ist die Ansicht v. Blumes, daß Gesamtakte des Vaters und Kindes Rechtsgeschäfte zwischen beiden seien. — Im Bereiche der tatsächlichen Personensorge ist sowohl das Erziehungsrecht — darunter das Züchtigungsrecht der Lehrer, das Erfordernis eines Lehrvertrags zwischen Vater und Kind — als auch das Aufsichtsrecht erörtert worden, ferner der Begriff des Zuchtmittels und die Grundsätze für die Unterstützung des Vaters durch das Vormundschaftsgericht. Auch die Schutzmittel des Personensorgerechts sind nach verschiedenen Richtungen behandelt worden. Zunächst der Herausgabeanspruch: Verfolgung im Prozeßwege; die Legitimation zur Klage, insbesondere der Einfluß der Entziehung des Sorgerechts; die Zulässigkeit von Einwendungen wegen zu erwartender vormundschaftsgerichtlicher Regelung oder wegen vertragsmäßiger Überlassung, insbesondere in einer Entscheidung des RG. die Zulässigkeit einer Einwendung der Mutter gegen den Herausgabeanspruch des Vaters auf Grund des § 1634. Der Schutz der Mutter gegen Beeinträchtigung ihres Anteilsrechts an der Personensorge ist auch noch weiter erörtert worden, vor allem in der Literatur die Frage, ob ihr ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Vater auf Grund des § 1634 zusteht. Der von dem KG. im vorigen Jahre (JDR. 4 zu § 1635 Ziff. 1b) angenommene Übergang des Sorgerechts des einen geschiedenen Gatten nach erfolgter Entziehung gemäß

§ 1666 auf den anderen Gatten hat eine mehrfache Behandlung dieser Frage mit verschiedenem Ergebnis in der Literatur hervorgerufen; im übrigen ist zu § 1635 die Zulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Regelung nach Abs. 1 Satz 2 auch während eines Rechtsstreits theoretisch und in einer Entscheidung des RG. beantwortet worden. Das Recht des persönlichen Verkehrs ist auch in erheblichem Maße Gegenstand der Erörterung in Wissenschaft und Praxis gewesen: seine Auffassung als allgemeines Elternrecht; Wesen, Bedeutung und Anwendungsgebiet; aber auch die Regelung durch das Vormundschaftsgericht, die dabei maßgebenden Gesichtspunkte und der zulässige Umfang der Einschränkung. — Im Gebiete der Vermögensverwaltung hat vor allem das Vermögensverzeichnis nach § 1640 eine eingehende wissenschaftliche Behandlung erfahren, namentlich der Umfang der Inventarisationspflicht; dabei ist der Begriff des „später zufallenden Vermögens", die Frage, ob das Gesamtgut und ähnliche Massen zu verzeichnen sind und was überhaupt als der Verwaltung des Vaters unterliegendes Vermögen anzusehen ist, endlich die Notwendigkeit der Aufnahme der Schulden in das Verzeichnis erörtert worden. Ferner ist hinsichtlich der Haftung des Vaters für Prozeßkosten wieder in einer Reihe von Fällen die Frage entschieden worden, ob Vorhandensein von Kindesvermögen eine Voraussetzung der Haftung nach §§ 1654, 1388 bildet, vom KG. in bejahendem, vom OLG. Celle in verneinendem Sinne. Die Verpflichtung des Vaters zur Tragung öffentlicher Lasten auf Grund seiner Nutznießung am Kindesvermögen hat in eingehender Weise Schultzenstein untersucht. Auch die Entziehung der Vermögensverwaltung sowohl nach § 1666 Abs. 2, wie nach §§ 1667 ff. ist in der Literatur und Rechtsprechung mehrfach behandelt worden, insbesondere auch die Unanwendbarkeit auf Vermögen, das der statutarischen Nutznießung unterliegt. Zu § 1669 ist eine Entscheidung des KG. hervorzuheben, nach welcher die Inventarisationspflicht sich nicht auf Vermögen bezieht, das von Testamentsvollstreckern verwaltet wird. Der Begriff der Verhinderung im Sinne des § 1685 ist in einem KG.-Beschlusse erörtert. Auch die Frage, ob das Vorhandensein eines Beistandes vom Grundbuchamte zu prüfen ist, hat wieder mehrfache Beantwortung, doch keine den Grundbuchverkehr befriedigende Lösung erfahren.

Literatur: Ahsbahs, Muß bei Wiederverheiratung des überlebenden Elternteils stets ein Pfleger für das Kind bestellt werden? ZBlFG. 7 353 ff. — v. Blume, Kommentar z. BGB. (Familienrecht). — Ermel, Jugendschutz durch den Richter, DJZ. **06** 701 ff. — Fischer, Übt der Volksschullehrer bei Handhabung der Schulzucht eine öffentliche Gewalt aus? BayRpflZ. **05** 505 ff. — Gimmerthal, Das Vermögenverzeichnis nach § 1640, ABürgR. **29** 267 ff. — Hagen, Welche Wirkung äußert es seit dem Inkrafttreten des BGB., wenn der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen (aus eigenem Rechte) Strafantrag stellt oder Privatklage erhebt? JustdRundsch. **05** 370 ff. — Heinrici, Zu § 1685, R. **06** 1086. — Josef, Rechtsprechung und Rechtslehre zu der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen der freiw. und streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander? BuschsZ. **35** 530 ff. — Jacusiel, Namensrecht und Handelsgeschäft (Berlin 1906). — Keßler, Zu § 1643, BayRpflZ. **05** 507. — Liedtke, Das Privatklagerecht des Vaters bei Beleidigungen und Körperverletzungen Minderjähriger, JW. **06** 185 ff. — Matthiessen, Die väterliche Aussage nach schleswig-holsteinischem Rechte, Festgabe z. 18. DJuristentage 28 ff. — Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach BGB., SeuffBl. **06** 109 ff. — Nadelhoffer, Einfluß familienrechtlicher Verhältnisse auf die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit (auch Straßb. Diss.; München, J. Schweitzer), HirthsAnn. **06** 291 ff. — Natter, Inventarpflicht des Inhabers der elterlichen Gewalt bezüglich des der statutarischen Nutznießung unterworfenen Vermögens des Kindes, WürttZ. **06** 193 ff. — Ders., Zur Frage des Erbteilungsaufschubs auf den Tod eines in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehegatten, WürttZ. **06** 360 ff. — Planck (3) Kommentar z. BGB. (Familienrecht). — Sieveking, Steht die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes, wenn sie einem geschiedenen Ehegatten nach § 1666 entzogen ist, dem anderen Ehegatten zu? R. **06** 107. — Schmidt-Bardeleben, Erwiderung auf vorerwähnten Aufsatz von Sieveking, R. **06** 994. — Schultheis, Der Umfang der Inventarisationspflicht des elterlichen Gewalthabers nach § 1640 BGB., ZBlFG. 7 175 ff. — Schultzenstein, Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und Inhaber der elterlichen Gewalt nach BGB., ABürgR. **29** 168 ff. — Weegmann, Der Ausschluß der Auseinandersetzung auf den Tod der Mutter. Zur Auslegung des § 1640, WürttZ. **06** 129 ff.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. v. Blume, Note 2 vor § 1627. Die elterliche Gewalt steht grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu. Es handelt sich um Mitinhaberschaft, analog dem Miteigentume, Recht und Pflicht des einen wird beschränkt durch Recht und Pflicht des anderen. Ruht die Gewalt des einen, so übt sie der andere Teil unbeschränkt aus. (S. IDR. **1** zu § 1627 Ziff. 1.) — Note 8. Es darf der Grundsatz der Selbständigkeit des elterlichen Gewalthabers aufgestellt werden, während für das Vormundschaftsrecht ein gleiches Prinzip nicht anzuerkennen ist. (S. IDR. **3** zu § 1837 Ziff. 1.)

§ 1628. BayObLG. **6** 553, SeuffBl. **06** 195 (BayObLG.). Recht und Pflicht des elterlichen Gewalthabers erstreckt sich auf Angelegenheiten der Kinder, für die ein Pfleger bestellt ist, auch dann nicht, wenn diese Bestellung zu Unrecht erfolgt ist; deshalb vermag der elterliche Gewalthaber die Herausgabe des Vermögens, für dessen Verwaltung ein Pfleger zu Unrecht bestellt ist, im Wege des Rechtsstreits nicht zu erwirken.

§ 1629. 1. Meinungsverschiedenheit über Erziehungsaufwand. KG., RIA. **6** 257, ZBlFG. **6** 795, R. **06** 523, OLG. **12** 351. Bei Zweckbestimmung und Verausgabung des Geldes, das der Verwaltung des Pflegers unterliegt, handelt es sich um einen Akt der Vermögensverwaltung, Pflege und Erziehung der Kinder, für welche das Geld verwendet werden soll, bilden aber einen Bestandteil der der Mutter zustehenden Personensorge. Bei Streit der Mutter und des Pflegers darüber, ob und in welcher Weise das Geld für die Kinder verwendet werden soll, liegt deshalb ein Fall des § 1629 vor; der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts muß der Pfleger Folge leisten, widrigenfalls nach § 1837 eingeschritten werden kann. § 1602 Abs. 2 gibt den Eltern kein unbedingtes Recht auf Auszahlung der Einkünfte zur freien Verfügung; da sie aber in erster Reihe für den Unterhalt der Kinder zu verwenden sind, während Pflege und Erziehung der Mutter allein obliegt, so hat der Pfleger hauptsächlich nur dahin zu wirken, daß die Verwendung wirklich im Interesse der Kinder erfolgt, und kann unter Umständen gewisse Garantien dafür verlangen. Dies ist bei der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zu berücksichtigen. S. IDR. **3** zu § 1629.

2. Meinungsverschiedenheit bei geteilter Verwaltung. v. Blume, Note 1 zu § 1629. § 1629 ist auch anwendbar, wenn Vater und Pfleger sich in die Vermögensverwaltung teilen und über eine Verwaltungsmaßregel, die beide Verwaltungskreise berührt, nicht einig werden können. Ebenso Planck (3) Note 2 zu § 1629.

§ 1630. 1. Strafantragsrecht und Privatklage. **a**) Hagen, JustdRundsch. **05** 370 ff., führt im Anschluß an die IDR. **3** zu § 1630 Ziff. 1c mitgeteilte Ansicht des BayObLG. und gegen die daselbst 1b aE. mitgeteilte Ansicht des KG. aus, daß der gesetzliche Vertreter immer im Namen des Kindes Strafantrag stellen oder Privatklage erheben müsse, Antrag oder Klage aus eigenem Rechte ungültig sei, nur, wenn nicht direkt zum Ausdrucke gebracht sei, ob er in eigenem Namen oder in dem des Vertretenen handele, letzteres unterstellt werden dürfe. **b**) Liedtke, IW. **06** 185 ff., verteidigt gegen Löwenstein (IDR. **4** zu § 1630 Ziff. 1a) die Ansicht des KG. (KGBl. **04** 98, IDR. **3** zu § 1630 Ziff. 1b). Wenn ein Vater wegen Beleidigung seines Kindes Privatklage erhebt und in deren Rubrum oder Begründung eine irrtümliche Ansicht darüber äußert, auf Grund welchen Rechtes er klagt, so hat doch jedenfalls der Berechtigte die Klage erhoben; nach der StPO. muß aber die Klageschrift nicht die Angabe enthalten, daß ein gesetzlicher Vertreter die Klage in dieser seiner Eigenschaft erhebt (§§ 198, 421 StPO.). Jedenfalls ist eine Berichtigung oder Er-

gänzung der Privatklage zulässig und kann vom Gerichte nach §§ 424, 200 StPO. herbeigeführt werden. Der Vater ist aber allerdings nicht mehr berechtigt, aus eigenem Rechte zu klagen; § 195 StGB. ist beseitigt, § 65 gibt dem gesetzlichen Vertreter kein Antragsrecht „aus eigenem Rechte". Minderjährige unter 18 Jahren sind nicht selbst Partei und können deshalb in dem von dem Vater anhängig gemachten Privatklageverfahren als Zeugen vernommen werden.

2. Ausschluß der Vertretungsmacht des Vaters. **a**) v. Blume Note 5eδ zu § 1630. Gesamtakte des Gewalthabers und Kindes (z. B. Verfügungen bei bestehender Erbengemeinschaft) gehören zu den Rechtsgeschäften „zwischen" Gewalthaber und Kind, weil sowohl der echte Gesamtakt (Gesamtvertrag) wie der unechte (Vertrag mit Zustimmung des Berechtigten) eine von dem einen an den anderen Vertragsgenossen abgegebene Zustimmungserklärung enthalten. ➠ Also wieder ein Pflegschaftsfall! seufzt der Praktiker, wenn er dies liest. Red. ☚ **b**) LG. Tilsit, PosMschr. **06** 40. Die Fälligkeit der ohne Zahlungstermin eingetragenen Hypothek hängt von einer Kündigung ab und diese Kündigung als ein dem Gegner gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft kann nach § 1795 [1] durch den Vater als gesetzlichen Vertreter des Gläubigers oder ihm gegenüber nicht wirksam erfolgen, wenn sein Sohn der Schuldner ist. Ist aber die Hypothek nicht fällig, so ist die Zahlung nicht Erfüllung einer Verbindlichkeit und nicht nach § 1795 [1] gültig. Ist die Zahlung aber nicht gültig, so ist auch die Löschungsbewilligung nicht Erfüllung einer Verbindlichkeit. Bei der Löschungsbewilligung handelt es sich jedoch nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Gläubiger und einem Verwandten seines Vaters in gerader Linie; vielmehr genügt die Löschungsbewilligung dem formalen Konsensprinzipe, wenn sie lediglich dem Grundbuchamte gegenüber erklärt wird. Das Grundbuchamt hat dann auf Antrag des Eigentümers zu löschen, ohne Prüfung der materiellen Gültigkeit der durch den gesetzlichen Vertreter dem Grundbuchamte gegenüber erklärten Löschungsbewilligung. S. JDR. **2** zu § 1630 Ziff. 2a und zu § 1795 Ziff. 5b.

§ 1631. 1. Erziehungsrecht. **a**) Züchtigungsrecht des Lehrers. α. PrOVG. 22. 5. 06, ZBlFG. **6** 709, PrVolksschulA. **5** 337. Nach allgemeinen Grundsätzen steht den Lehrern ein Züchtigungsrecht in gleichem Umfange zu, wie es die Eltern zur Ausübung einer zweckmäßigen Erziehung haben. Begriffsmäßig ist mithin dem Erziehungsrechte die Grenze gezogen, daß die Schulzucht niemals zu Mißhandlungen führen darf, „die der Gesundheit des Kindes auch nur auf entfernte Art schädlich werden können" (KabO. v. 14. 5. 1825, GS. 149). Eine Amtsüberschreitung begeht der Lehrer nur dann, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die Schranken außer acht läßt, welche der Schulzucht gesetzlich, d. h. im Sinne der KabO. v. 14. 5. 1825 oder durch verbindliche Anweisungen der Schulaufsichtsbehörde gezogen sind. β. Fischer, BayRpflZ. **05** 505 ff. Der Volksschullehrer übt bei Handhabung der Schulzucht kein Recht aus, das aus familienrechtlichen Gewaltverhältnissen abgeleitet oder übertragen wäre, sondern eine im öffentlichen Rechte wurzelnde Befugnis. Er ist öffentlicher Beamter. Wenn auch der Vormund obrigkeitlich bestellt ist, so ist dies doch ein wesentlich verschiedenes Verhältnis. Der Vormund tritt in ein enges persönliches Verhältnis zum Mündel (Sorge für Person und Vermögen), während der Lehrer zu einer unbestimmten Anzahl von Kindern in Beziehung tritt unmittelbar auf Grund öffentlicher Einrichtungen, seiner öffentlichen Dienstpflicht und des Schulzwanges (s. JDR. **4** zu § 1631 Ziff. I 1b). **b**) Ausübung durch Dritte. α. Zu der JDR. **4** § 1631 I 1d behandelten Frage der Züchtigung seitens Erwachsener unflätiger Straßenjugend gegenüber vgl. Schultz, R. **06** 741. Der Erwachsene, der die Schimpfreden oder Tätlichkeiten eines ungezogenen Kindes alsbald in gleicher Weise

vergilt, muß, da ihm kein Erziehungsrecht zusteht, soweit nicht Notwehr oder Wahrung berechtigter Interessen ihn decken (was nicht immer der Fall ist), auf die Privatklage des Vaters bestraft werden, wenn man nicht trotz der Strafunmündigkeit des Kindes Kompensation mit dessen Handlung für zulässig hält; Kompensation ist aber zulässig, sofern das Kind mit deliktischem Vorsatz (strafrechtlichem Dolus) gehandelt hat, geistig hinreichend entwickelt ist, um als doli capax gelten zu können. β. SächsRpflA. **06** 546 (Dresden). Ein Erwachsener hat gegenüber einem fremden ungezogenen Kinde kein eigenes Züchtigungsrecht; er ist nur straflos, wenn er nach den gegebenen Verhältnissen mit Grund annehmen darf, er handele im Sinne der Eltern des Kindes. γ. v. Blume Note 2 zu § 1627. Die Fürsorge für das Kind, also die Ausübung der elterlichen Gewalt kann einem Dritten in dem Sinne übertragen werden, daß dieser zu einer Dienstleistung gegenüber Vater oder Kind verpflichtet, nicht aber berechtigt wird, zur Ausübung zugelassen zu werden. S. IDR. **3** zu § 1631 I 6. **c) Religiöse Erziehung.** SchlHolstAnz. **06** 346 (LG. Kiel). In Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften ist nach BGB. das religiöse Bestimmungsrecht nur als Ausfluß des allgemeinen auf der Personensorge beruhenden Erziehungsrechts aufzufassen; es wird also mit der Entziehung der Personensorge gleichfalls entzogen. Verlangt nach erfolgter Entziehung der Vater einen Glaubenswechsel, der Vormund oder Pfleger widerspricht aber, so ist „für das Vormundschaftsgericht nach § 1837 kraft seines Aufsichtsrechts über die gesamte Tätigkeit des Vormundes Anlaß gegeben, die wichtige Frage der religiösen Erziehung endgültig zu regeln", d. h. die Anordnung über die religiöse Erziehung zu treffen, wobei, wenn auch der Vater das formelle Bestimmungsrecht verloren hat, doch seinen berechtigten Wünschen Rechnung zu tragen ist. ➵ Die Begründung der Befugnis des Vormundschaftsgerichts zu Anordnungen über die religiöse Erziehung aus dem Aufsichtsrecht ist unrichtig; nur bei Pflichtwidrigkeit des Vormundes könnte sie Platz greifen. Red. ⇜ S. u. zu § 1779. **d) Verhältnis des Erziehungsrechts zu Polizeiverordnungen über jugendliche Personen.** KG. 6. 11. 05, KGJ. **31** C 52. Eine Polizeiverordnung, die Zulassung jugendlicher Personen unter 17 beim männlichen und unter 16 Jahren beim weiblichen Geschlechte zu öffentlichen Tanzlustbarkeiten auch in Begleitung der Eltern den Wirten verbietet, greift nicht unzulässigerweise in das elterliche Erziehungsrecht ein; soweit sie überhaupt eingreift, folgt die Zulässigkeit aus dem PolVerwG. v. 11. 3. 50 § 6 zu d und f (Aufrechterhaltung der Ordnung, Schutz der Jugend in gesundheitlicher Beziehung). **e)** *Nadelhoffer 8 ff., HirthsAnn. **06** 299 ff., verwertet die Sorge für die Person als Grundlage für die Bestimmungen über den Erwerb der Staatsangehörigkeit des Kindes. **f) Vater als Lehrherr. Notwendigkeit schriftlichen Lehrvertrags zwischen Vater und Sohn.** — Werkmeister, HirthsAnn. **06** 902 ff., teilt folgende Erkenntnisse über diese Frage mit. OLG. Jena: Nicht zu den gewerblichen Arbeitern, auf welche § 126 b GewO. Anwendung findet, gehören die Ehefrau und die Kinder, die bei den Eltern ohne rechtsgültigen Vertrag beschäftigt werden; der Vater kann nicht gezwungen werden, das in der elterlichen Gewalt begründete, tatsächliche Lehrverhältnis in ein vertragliches umzuwandeln. Dem ohne rechtsgültigen Vertrag beschäftigten Sohn kann allerdings die so verbrachte Zeit nicht als Lehrzeit im Sinne der §§ 129 Abs. 1 a und 133 GewO. angerechnet werden. Diese Vorteile dem Kinde durch Abschluß eines Vertrags zu sichern, bleibt dem Vater unbenommen. Stillschweigend kann ein solcher Vertrag nicht geschlossen werden, vielmehr bedarf es der Pflegerbestellung. — OLG. Breslau: § 126 b GewO. findet auch auf das Verhältnis zwischen Vater und Sohn Anwendung, da eine Ausnahme nicht gemacht ist. Ein solches Verhältnis ist nicht lediglich anzusehen als eine fortgesetzte Ausübung

der elterlichen Gewalt (§ 1631); der Vater kann zwar den Beruf und den Lehrherrn wählen, aber innerhalb des gewählten Berufs kann er nicht durch seine elterliche Gewalt die Anwendung gesetzlicher Vorschriften ausschließen. Der Vater ist daher zum ordnungsmäßigen Abschluß eines Lehrvertrags nach §§ 126 b, 103 e Abs. 1 Ziff. 1 verpflichtet. — Werkmeister empfiehlt wegen dieser widersprechenden Erkenntnisse eine Gesetzesänderung dahin, daß Vater und Sohn bei Anmeldung zur Lehrlingsrolle der Innung bzw. Handwerks- oder Gewerbekammer sich durch Unterschrift zur Beobachtung der Vorschriften über das Lehrlingswesen verpflichten, so daß Lehrvertrag und Pflegerbestellung sich erübrige. S. JDR. **2** zu § 1631 Ziff. 1 b.

2. Aufsichtsrecht. **a)** Mayr, SeuffBl. **06** 109 ff. Erziehung ist der weitere Begriff, da Erziehung ohne Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung nicht möglich ist. Die Aufsichtspflicht geht jedoch nicht in der Erziehungspflicht auf. In den ersten Kinderjahren besteht die Erziehung hauptsächlich in Beaufsichtigung, diese ist Erziehungsmittel, da durch die geübte Aufsicht das Kind allmählich lernt, was es tun darf und was es lassen muß. Zweck der Beaufsichtigung ist, das Kind vor Schaden zu bewahren und Schaden von Dritten abzuhalten; in ersterer Richtung ist sie hauptsächlich sittliche Erziehungspflicht, in letzterer ist sie wegen der Schadenshaftung zugleich von rechtlicher Bedeutung und deckt sich nicht mit der Erziehungspflicht. Für die Erfüllung der Aufsichtspflicht ist der Vater dem Dritten nicht nach § 1664, sondern nach § 276 haftbar. — Über den Umfang der Aufsichtspflicht gibt es keine festen Regeln (richterliches Ermessen unter Berücksichtigung der Erziehung, der Eigenschaften des Kindes, der sozialen und wirtschaftlichen Lage der Eltern). Sie ist abzustufen nach dem Alter des betreffenden Kindes. Sie wirkt besonders praktisch bei Spielen im Freien; die Eltern müssen insbesondere auch die Kinder belehren, wie sie zu spielen haben, z. B. über die Gefährlichkeit des Steinwerfens und der Verletzung der Augen; hier greifen Erziehungs- und Aufsichtspflicht ineinander. S. JDR. **4** zu § 1631 II. **b)** KG., DJZ. **06** 544, OLG. **12** 114. Die Beaufsichtigung durch die Eltern hat in erster Linie erzieherische Zwecke, ebenso wie die Schulaufsicht; wodurch jedoch nicht ausgeschlossen wird, daß die Aufsichtspflicht des Lehrers auch die Verhütung der Beschädigung Dritter bezweckt. Für die Dauer des Schulunterrichts treten die Lehrer an die Stelle der Eltern, die durch die Überlassung der Kinder an die Schule ihrer Aufsichtspflicht genügt haben. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1133. Bei Ausübung (bzw. Vernachlässigung) der Aufsichtspflicht handeln die Eltern nicht als gesetzliche Vertreter des Kindes.

3. Abs. 2. Zuchtmittel. **a)** v. Blume Note 6a zu § 1631. Ein nach wissenschaftlich-pädagogischer Anschauung ungeeignetes, aber der Volkssitte entsprechendes und nicht geradezu schädliches Zuchtmittel kann nicht als unangemessen bezeichnet werden. Note 8: Gegen Überschreitungen hat das Kind das Recht der Gehorsamsverweigerung und Notwehr, Dritte handeln nicht widerrechtlich, wenn sie das Kind dagegen in Schutz nehmen (s. JDR. **1** zu § 1631 Ziff. 2). **b)** FrankfRundsch. **39** 232 ff. (KG.). Unterbringung zur Fürsorgeerziehung und die vorläufige Unterbringung nach § 5 G. v. 2. 7. 00 sind keine Zuchtmittel im Sinne des § 1631, da sie einen weitergehenden Charakter haben.

4. Unterstützung durch das Gericht. LG. Lyck, PosMschr. **06** 129. Nach § 1631 Abs. 2 Satz 2 kann ein Vater an und für sich verlangen, daß das Vormundschaftsgericht ihn bei der ihm nach Abs. 1 zustehenden Aufenthaltsbestimmung unterstützt, insbesondere bei Zurückführung des flüchtigen Kindes behilflich ist; aber einem solchen Antrag ist dann nicht stattzugeben, wenn er dem Interesse des Kindes zuwiderläuft, z. B. der Vater sich des Mißbrauchs oder der Vernachlässigung schuldig gemacht hat; denn Aufsichts- und Erziehungsrecht

soll nur im Interesse des Kindes ausgeübt werden; vgl. IDR. **2** zu § 1631 Ziff. 7. — BayObLG., R. **06** 1439. Die Unterstützung bei Bestimmung des Aufenthaltsortes kann das Gericht dann versagen, wenn es feststellt, daß der Vater das Kind mit unversöhnlichem Haß verfolgt und nur deshalb in einen bestimmten Dienst bringen will, um es zum Geständnis eines Meineides zu bringen und darauf einen Prozeß gegen einen Dritten anzustrengen.

§ 1632. 1. Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht. a) R. **06** 378 (München, bestätigt vom RG.). Das Recht der Mutter als elterlicher Gewalthaberin auf Herausgabe des Kindes gegen einen Dritten, der das Kind unter Berufung auf eine letztwillige Anordnung des verstorbenen Vaters vorenthält, ist im ordentlichen Prozeßweg, für den keine besonderen prozessualen Vorschriften bestehen, geltend zu machen, nicht bei dem Vormundschaftsgericht. b) OLG. **12** 341 (KG.). Herausgabeanspruch nur im Prozeßwege, nicht vor dem Vormundschaftsgericht zu verfolgen (s. IDR. **4** zu § 1632 Ziff. 3).

2. Einwendungen. a) Zu erwartende Regelung durch das Vormundschaftsgericht. Die IDR. **4** zu § 1632 Ziff. 2b mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch BadRpr. **06** 72. b) Vertragsmäßige Überlassung. v. Blume Note 2c ε. Stellt der Gewalthaber das Kind in den Dienst eines anderen, so liegt darin eine Ermächtigung nach § 113 BGB.; der Vater begibt sich seiner Unterbringungsgewalt zugunsten des Kindes, nicht zugunsten des Dienstherrn. Deshalb kann er es diesem nicht beliebig entziehen, der Widerruf hat keine rückwirkende Kraft. Hat der Gewalthaber das Kind in Pflege gegeben, so braucht der Dritte es nicht herauszugeben, wenn das Verlangen der Herausgabe nicht dem Wohle des Kindes zu dienen bestimmt und deshalb als Mißbrauch der elterlichen Gewalt unzulässig ist. Es ist nicht ausschließlich Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666, wie die herrschende Meinung annimmt, gegeben. Vgl. Planck (3) zu § 1632 Note 3; IDR. **2** zu § 1632 Ziff. 4d und **4** zu § 1635 Ziff. 2c.

3. Legitimation zur Klage. a) **RG.** 22. 1. 06, BayRpflZ. **06** 163, GruchotsBeitr. **50** 1002. Das Klagerecht des Vaters auf Herausgabe des Kindes ist aufgehoben, solange dem Vater die Personensorge auch nur einstweilen entzogen ist. Hat das Vormundschaftsgericht nach § 1666 angeordnet, daß dem Vater die Personensorge bis zur Entscheidung über den Antrag auf Entziehung der elterlichen Gewalt einstweilen entzogen werde, so ist die Aussetzung des Rechtsstreits auf Herausgabe des Kindes nach § 148 ZPO. begründet, da die Frage, ob dem Vater das Fürsorgerecht entzogen bleibe oder nicht, Vorfrage für die Entscheidung des Rechtsstreits ist. S. IDR. **1** zu § 1632 Ziff. 3d und Josef, BuschsZ. **35** 532. b) Josef, BuschsZ. **35** 530 ff. Das Vormundschaftsgericht kann auf Grund des § 1666 dem Vater die Personensorge entziehen; dadurch wird dem Vater die Legitimation zum Herausgabeanspruch entzogen, so daß nicht nur die Mutter, sondern jeder Dritte sich darauf berufen kann. Hier ist also die Entscheidung des Prozeßgerichts für das Vormundschaftsgericht bindend. S. IDR. **1** zu § 1632 Ziff. 1c. c) **RG.** 22. 3. 06, GruchotsBeitr. **50** 999. Nach § 1632 verb. m. § 1686 umfaßt die Personensorge auch das Recht der Mutter, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihr widerrechtlich vorenthält. Vgl. SächsOVG., SächsOVG. **9** 4. Die Mutter ist zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt. § 1632 gewährt lediglich einen privatrechtlichen Herausgabeanspruch gegenüber widerrechtlicher Vorenthaltung, legitimiert aber die Mutter nicht zur Anfechtungsklage im Verwaltungsstreitverfahren auf Entlassung des Kindes aus einer Zwangsarbeitsanstalt (§ 30 VRPG.).

4. Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Elternteils. Planck (3)

Note 1 zu § 1632. Der fürsorgeberechtigte Elternteil ist trotz beschränkter Geschäftsfähigkeit prozeßfähig.

5. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 143/144. Muß der Vater die wiederholte Entziehung des Kindes befürchten, so kann er auch auf Unterlassung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

6. Notwehr. *Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit 38 ff. Ist der Akt, durch welchen das Kind dem Vater entzogen wird, vollendet, und hat der Dritte das Kind nun bei sich, so ist in dieser Vorenthaltung wohl kein fortdauernder Angriff mehr zu sehen und Notwehr daher nicht zulässig. Demnach darf der Vater das Kind zwar auch gegen den Willen des anderen unter Gewaltanwendung gegen das Kind wieder fortführen — denn es gibt keinen „Besitz" an Menschen —, aber er darf gegen den Vorenthaltenden selbst keine Gewalt mehr anwenden, außer soweit die Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe zutreffen (§ 229); ebenso verhält es sich mit dem eigenmächtigen Eindringen in die fremde Wohnung usw., um das Kind mit sich zu nehmen. Anders steht es nur, wenn der Dritte durch die Vorenthaltung des Kindes nicht bloß das Recht des Vaters, sondern die Freiheit des Kindes verletzt, wenn er also das Kind etwa eingesperrt hält; das ist ein fortdauernder Angriff gegen die Freiheit des Kindes, dem durch Notwehr seitens des Vaters wie jedes beliebigen Dritten begegnet werden darf.

§ 1633. 1. Erziehungsgewalt. **a)** v. Blume Note 3. Erziehungsgewalt geht nicht auf den Ehemann über. So jetzt auch Planck (3) zu § 1633 Note 1 (s. JDR. **3** zu § 1633). **b)** *Nadelhoffer, HirthsAnn. **06** 300, nimmt an, daß der Vater um deswillen die Erziehungsgewalt verliere, weil sie auf den Ehemann übergehe, dem er eine „Art Erziehungsgewalt" gegenüber der Frau zuschreibt.

2. Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. v. Blume Note 7 zu § 1633. Die verheiratete Tochter untersteht, soweit sie für sich selbst zu sorgen hat, der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts nicht mehr. § 1629 findet deshalb auf Meinungsverschiedenheiten zwischen Gewalthaber und Tochter nicht Anwendung. Widerspricht die Tochter einer Verwaltungsmaßregel des Vaters, so muß sie unterbleiben. Jede Maßregel der Vermögensverwaltung berührt notwendig das persönliche Wohl der Tochter.

3. v. Blume Note 5 zu § 1633. Mit der Auflösung der Ehe fällt die Beschränkung der elterlichen Gewalt nicht wieder weg (vgl. JDR. **4** zu § 1633).

§ 1634. 1. Keine Vertretungsmacht der Mutter. **RG.** JW. **06** 192 ff. Die im inneren Verhältnis zu dem Kinde der Mutter nach § 1634 obliegende Sorge für die Person des Kindes begründet ein nach außen wirkendes Vertretungsverhältnis nicht; deshalb begründet ihr Verschulden nicht die Anwendbarkeit der §§ 254, 278 gegenüber einem Schadensersatzanspruche des Kindes, falls sie nicht als Hilfsperson in Betracht kommt. S. **RG.** SeuffBl. **06** 380.

2. Ausschluß der Mutter vom persönlichen Verkehr ist Mißbrauch. **RG.** R. **06** 863. Auch bei Getrenntleben der Ehegatten während des Scheidungsprozesses hat neben dem Vater auch die Mutter auf die Dauer der Ehe Recht und Pflicht der Personensorge, namentlich Mitwirkung bei Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes. Der Vater darf nicht unter Mißbrauch seines Rechtes aus § 1634 Satz 2 die Mutter vom Verkehr mit dem Kinde ausschließen oder den Verkehr unzulässig einschränken (s. JDR. **4** zu § 1634 Ziff. 1).

3. Schutz der Mutter gegen Beeinträchtigung, insbes. privatrechtliche Ansprüche und vormundschaftsgerichtliches Einschreiten. **a)** Die JDR. **4** zu § 1634 Ziff. 1 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich

auch SchlHolstAnz. **06** 71 u. 218, SeuffA. **61** 405. **b**) v. Blume Note 7 u. 8 zu § 1634. Gefährdet ein mißbräuchliches Verbot des Vaters das Kindeswohl, so kann das Vormundschaftsgericht nach § 1666 einschreiten. Aus § 1354 Abs. 2 ist keine Schranke für das Recht des Vaters gegenüber der Mutter herzuleiten, wohl aber aus § 1636, welcher ein von der elterlichen Gewalt unabhängiges Recht gewährt. Abgesehen von § 1632 ist einem Elternteil gegen den anderen ein Anspruch wegen Mißbrauchs der Gewalt nicht zu gewähren, auf § 1634 kein privatrechtlicher Anspruch zu gründen. S. JDR. **3** zu § 1634 Ziff. 1. **c**) Planck 3) Note 9 zu § 1634. Wenn der Vater das Teilnahmerecht der Mutter an der Personensorge beeinträchtigt oder entzieht, wird vielfach § 1666 anwendbar sein. Die Mutter hat aber auch einen klagbaren privatrechtlichen Anspruch gegen den Vater auf Gewährung der Anteilnahme aus § 1634, aber auch eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 1353, 1354, 1568). Aus dem Interesse des Kindes darf der Vater keinen Einwand erheben; hält er eine Beschränkung des mütterlichen Rechtes geboten, so muß er sich an das Vormundschaftsgericht wenden. **d**) **RG.** PosMschr. **06** 154, R. **06** 1438. Ein Mißbrauch des väterlichen Personensorgerechts kann darin liegen, daß der Vater den Herausgabeanspruch gegen die Mutter geltend macht, obschon bei dieser das Kind die beste Pflege erhält und bei anderer Unterbringung ernstlicher Gefährdung ausgesetzt wäre. Der Frau ist allerdings im Prozesse der Einwand aus § 1354 Abs. 2 gestattet, daß die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch unverbindlich sei; dies trifft jedoch nur zu, wenn der Mann mit der Anordnung in bezug auf das gemeinschaftliche Kind nicht bezweckt, für dasselbe zu sorgen, sondern nur einen unberechtigten Zwang auf die die Herstellung des ehelichen Lebens mit Grund weigernde Frau auszuüben. In diesem Falle ist die Herausgabeweigerung auch nach § 1634 berechtigt, da der Mann bei seiner Anordnung gar nicht in Ausübung seines Personensorgerechts handelt, mithin durch § 1634 bei dem aus § 1632 erhobenen Herausgabeverlangen nicht gedeckt wird. Dagegen kann die Frau im Prozesse den Einwand des Mißbrauchs nicht auf Gründe stützen, die dem Gebiete der Personensorge für das Kind angehören. Sie muß hier das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten nach § 1666 anrufen. S. JDR. **4** zu § 1634 Ziff. 1 u. **2** zu § 1634.

§ 1635. 1. Gesetzliche Regel. **a**) Folge der Entziehung des Erziehungsrechts gegenüber dem fürsorgeberechtigten Elternteil. α. Berichtigung in JDR. **4** zu § 1635 Ziff. 1 b S. 409 Zeile 6 von unten: hinter dem Worte „Umstande" einzuschalten „zurück". β. Gegen den JDR. **4** zu § 1635 Ziff. 1 b mitgeteilten Beschluß des KG. führt Sieveking, R. **06** 107, aus, daß der von dem KG. angenommene Übergang des Sorgerechts des einen geschiedenen Ehegatten nach erfolgter Entziehung gemäß § 1666 auf den anderen Ehegatten den schuldigen geschiedenen Ehegatten besser stellen würde als den unschuldigen nicht geschiedenen Gatten, auf den es unbestritten nicht übergehe, daß aber auch § 1685 Abs. 2 dagegen spreche, da er ergäbe, daß bei geschiedener Ehe der Übergang der Gewalt von einem auf den anderen Gatten eingeschränkter sein soll als bei nicht geschiedenen. — Gegen Sieveking: Schmidt-Bardeleben, R. **06** 994 ff. Die Rücksicht, auf den Einfluß des Vaters gegenüber der Mutter, die dazu führt, der Ehefrau die dem Ehemann entzogene Personensorge während der Ehe zu versagen, trifft im Falle der Scheidung nicht zu. — Da der Schuldigspruch eines Ehegatten bei der Ehescheidung noch keinen Grund abgibt, den Verlust der Elternrechte daran zu knüpfen, so tritt nach Wegfall des Personensorgerechts des einen geschiedenen Gatten (gemäß § 1666) das natürliche Recht des anderen wieder in Wirksamkeit. Die Erwägungen, welche dazu geführt haben, der Ehefrau die dem Ehemann entzogene

Personensorge während des Bestehens der Ehe zu versagen (Einfluß des Vaters, Störung des Ehefriedens), treffen bei geschiedener Ehe nicht zu. Wenn der Frau die Sorge gemäß § 1666 entzogen wird, kommen jene Erwägungen für den Ehemann erst recht nicht in Betracht. Auch § 1685 Abs. 2 spricht nicht den Grundsatz aus, daß der Übergang der Gewalt von einem Ehegatten auf den anderen bei geschiedenen Ehen eingeschränkter sein soll als bei nicht geschiedenen. Im Falle der Entziehung des Personensorgerechts gegen den einen geschiedenen Ehegatten hat daher stets zuerst der andere Gatte für das Kind zu sorgen, ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts ist erst erforderlich, wenn auch gegen den anderen Gatten die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen. γ. Planck (3) Note 6 zu § 1635. Die dem nach § 1635 Abs. 1 fürsorgeberechtigten Gatten gemäß § 1666 entzogene Sorge fällt dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu. δ. v. Blume Note 2c zu § 1635 u. V zu § 1666. Eine Verteilung der Gewaltausübung setzt voraus, daß die Gewalt den Eltern überhaupt gemeinschaftlich zusteht. Hat der Vater die Gewalt verwirkt, so steht sie nach § 1684 Ziff 2 der Mutter zu, und gleiches ist anzunehmen, wenn dem Vater gemäß § 1666 die Ausübung der elterlichen Gewalt entzogen ist. Insoweit § 1685 anzuwenden ist, ist Anwendung des § 1635 ausgeschlossen. **b**) Die JDR. **4** zu § 1635 Ziff. 1c mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch BöhmsZ. **15** 603, KGJ. **31** A 17.

2. Abweichende Regelung, insbes. durch Vertrag. SächsRpflA. **06** 253 (Dresden). Eine von der Regel des § 1635 Abs. 1 Satz 1 abweichende Bestimmung kann nur vom Vormundschaftsgericht getroffen werden, das Prozeßgericht kann deshalb gegenüber einer durch § 1635 Abs. 1 Satz 1 begründeten Klage Einreden aus Rücksicht auf das Wohl des Kindes nicht aus eigener Entschließung berücksichtigen (SeuffA. **55** 296). Auch eine vertragsmäßige Regelung in dem Sinne, daß der sorgeberechtigte Ehegatte der Fürsorge sich begeben will, ist nichtig. Hierfür ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig (SeuffA. **58** 408). Zulässig ist vertragsmäßige Überlassung der Ausübung der Fürsorge; unwirksam ist aber, von besonderer gesetzlicher Vorschrift abgesehen, eine Vertragsbestimmung, die die Befugnis des Fürsorgeberechtigten, das Kind jederzeit zurückzunehmen, ausschließt oder beschränkt (s. JDR. **2** zu § 1635 Ziff. 2 b).

3. Regelung durch das Vormundschaftsgericht. **a**) Pflegerbestellung. α. **RG. 62** 132 ff., RJA. **6** 253, ZBlFG. **6** 789, R. **06** 118, RheinAKV. **24** 30, JW. **06** 65. In einem Erziehungsstreit nach § 1635 ist Pflegerbestellung für das Kind kein gesetzliches Erfordernis; § 1909 trifft nicht zu, da die Herbeiführung einer Entscheidung darüber, ob eine Anordnung nach § 1635 zu treffen sei, nicht eine dem gesetzlichen Vertreter des Kindes obliegende Angelegenheit ist; das Gericht darf allerdings einen Pfleger bestellen, § 12 FGG. ermächtigt dazu. Ebenso BayObLG., R. **06** 444. S. JDR. **4** zu § 1666 II 1a und zu § 1635 Ziff. 3a. β. BayObLG. 25. 5. 06, R. **06** 751. Soweit es sich im Falle einer Ehescheidung um die Übertragung der Personensorge auf den Vater und um die Anordnung der Unterbringung des Kindes in eine Anstalt handelt, ist Pflegerbestellung nicht notwendig. **b**) Einschreiten von Amts wegen. Josef, ZBlFG. **6** 847. Die Anwendung des § 1635 Abs. 1 Satz 2 erfordert keinen Antrag; das Vormundschaftsgericht kann deshalb bei seiner Anordnung auch über den Antrag hinausgehen, z. B. der Mutter die Sorge für alle Kinder übertragen, auch wenn dies nur für ein Kind beantragt ist. Dagegen ist das Beschwerdegericht an den Gegenstand der Beschwerde gebunden. Ordnet das Vormundschaftsgericht auf Antrag der getrennt lebenden Frau an, daß der Mann jener die Töchter herausgeben, die Söhne aber jeden Sonntag zum Besuch zuführen soll, und erhebt der Mann Beschwerde nur be-

treffs der Söhne, so kann das Beschwerdegericht die Anordnung betreffs der Töchter nicht aufheben, obschon das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung während der Ehe sachlich nicht zuständig war. **c)** Auch während eines Rechtsstreites. α. Gegen die JDR. **1** zu § 1635 II Ziff. 2c mitgeteilte Entscheidung des OLG. Stuttgart führt Josef, BuschsZ. **35** 535 aus: Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, eine Anordnung gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu treffen, ist unbeschränkt, also auch unabhängig davon, ob unter den Eltern ein Rechtsstreit auf Herausgabe besteht; eine solche Anordnung kann während des schwebenden Rechtsstreits erforderlich sein, um die Vorenthaltung seitens der Mutter als nicht widerrechtlich erscheinen zu lassen, da das Prozeßgericht eine Anordnung im Interesse des Kindes nicht erlassen kann. Nimmt das Vormundschaftsgericht allerdings an, daß das Sorgerecht dem Antragsteller schon kraft Gesetzes zusteht, so ist der Antrag auf Erlaß einer Anordnung abzuweisen. β. KG. **63** 275, RJA. **7** 76, ZBlFG. **7** 29 ff., R. **06** 953, JW. **06** 392, PuceltsZ. **06** 652 ff., auch BayObLG. **7** 117. Die Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2, die nur an die Voraussetzung geknüpft ist, daß sie aus besonderen Gründen im Interesse der Kinder geboten erscheint, ist auch zulässig, solange zwischen den geschiedenen Eheleuten über das Recht der persönlichen Fürsorge für die Kinder ein Rechtsstreit schwebt. Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht entscheiden selbständig nebeneinander und von grundsätzlich verschiedenem Standpunkt aus, jenes deklarativ nach der Norm des § 1635 Abs. 1 Satz 1, dieses konstitutiv; das eine Verfahren schließt das andere nicht aus; selbst die rechtskräftige Entscheidung des Prozeßrichters möchte den Fortgang des Verfahrens vor dem Vormundschaftsrichter nicht ausschließen, während allerdings eine nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 angeordnete Übertragung der Personensorge durch das Vormundschaftsgericht wegen ihres rechtsbegründenden Charakters auch im Verfahren vor dem Prozeßrichter beachtlich werden dürfte. (S. JDR. **4** zu § 1632 Ziff. 2b.) AA. OLG. Stuttgart, JDR. **1** zu § 1635 II 2c. Ebenso BayObLG., BayObLG. **7** 113. **d)** Besondere Gründe. KG., R. **06** 564, OLG. **12** 342. Die Wiederverheiratung einer katholischen Ehefrau bei Lebzeiten ihres geschiedenen Ehegatten, die damit zwar gegen ein Gebot ihrer Kirche fehlt, aber nach den Staatsgesetzen keine unerlaubte Handlung begeht, bildet nicht ohne weiteres einen besonderen Grund im Sinne des § 1635 Abs. 1 Satz 2 für die Entziehung der Personensorge, da anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber mit dem nicht seltenen Vorkommen solcher Fälle gerechnet, aber trotzdem keine besonderen Bestimmungen getroffen hat. Besondere Gründe sind nicht solche Umstände, die in derartigen Fällen mit einer gewissen Regelmäßigkeit vorzuliegen pflegen. **e)** Verschulden nicht erforderlich. KGJ. **31** A 13 (KG.). § 1635 Abs. 1 Satz 2 setzt nicht wie § 1666 Verschulden des sorgeberechtigten Elternteils voraus. **f)** Auflösend bedingte Regelung. KG., ZBlFG. **6** 765, KGJ. **31** A 13. Eine Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 kann an eine auflösende Bedingung geknüpft und in dieser Form die künftige Aufhebung schon jetzt ausgesprochen werden, z. B. Zubilligung des Sorgerechts an die Mutter mit der Bestimmung, daß es beim Ausscheiden der Kinder aus der häuslichen Gemeinschaft der Großeltern wegfallen soll. Zur Entfernung der Kinder aus der Wohnung der Großeltern ist dann nur die Mutter befugt (§ 1631); erst mit der ausgeführten Entfernung tritt das Sorgerecht des Vaters wieder in Kraft. **g)** Durchführung. v. Blume Note 4d zu § 1635. Die Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 ist keine Verwaltungsmaßregel, sondern Rechtsetzung; ihre Durchführung erfolgt deshalb lediglich im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit, auch nicht im Wege der landesrechtlichen Vorschriften über zwangsweise Durchführung obervormundschaftlicher Anordnungen. Ebenso Planck (3) Note 11 zu § 1635. S. JDR. **1** zu § 1635 II 2d.

4. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Abs. 1. Der Übergang des Rechtes der Personensorge vollzieht sich ipso jure, folglich nicht nur seiner Ausübung nach (Opet). — Abs. 2. Die ausdrücklich betonte Unentziehbarkeit des Vertretungsrechts beugt nur seinem ipso jure-Übergang zugleich mit der Personensorge (§ 1630) im Falle des Abs. 1 vor, ist daher, auch nach der örtlichen Stellung des Abs. 2 in diesem Paragraphen keine absolute, sondern relative — im Rahmen der §§ 1630 Abs. 2, 1635 Abs. 1, 1795, 1796.

§ 1636. 1. Das Recht auf persönlichen Verkehr als allgemeines Elternrecht, Wesen, Bedeutung, Anwendungsgebiet. **a**) v. Blume zu § 1636. Das im § 1636 anerkannte Elternrecht hat nicht das Wohl des Kindes, sondern das der Eltern zum Rechtsgrunde. Dies eigennützige Elternrecht ist unabhängig von der elterlichen Gewalt, deshalb von der Scheidung unberührt. Es ist aber nicht auf den Fall der Scheidung beschränkt, vielmehr steht jedem Elternteile das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde zu; dies Recht kann der Mutter nicht durch Bestimmungen des Vaters verschränkt werden und verbleibt auch dem Elternteile, dem die Gewaltausübung nach § 1666 entzogen ist. — Ebenso ist die Regelungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts (Satz 2) nicht auf den Fall der Scheidung beschränkt, sondern auch z. B. bei Getrenntleben der Eltern oder wenn die Eltern das Kind in Adoption gegeben haben, zulässig. Das Prozeßgericht kann nur das Elternrecht berücksichtigen, das Vormundschaftsgericht auch das Kindesinteresse. **b**) KG. (12. ZivSen.), KGBl. **06** 19. Das Recht der unehelichen Mutter auf Verkehr mit dem Kinde besteht auch nach Adoption des letzteren durch einen Dritten fort; das Recht der Personensorge hat sie verloren zugunsten des die elterliche Gewalt erlangenden Adoptivvaters, alle anderen Rechte, die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnis ergeben, aber behalten; zu letzteren gehört auch das Recht auf persönlichen Verkehr. Im § 1636 ist lediglich für einen besonderen Fall aus Zweckmäßigkeitsgründen ein Satz ausgesprochen, der sich aus allgemeinen Grundsätzen ableiten läßt; was dem geschiedenen, schuldigen Elternteil gewährt ist, gebührt um so mehr der leiblichen Mutter adoptierter Kinder. Ob die Ausübung dieses Rechtes Gefahren für das Kind mit sich bringt, hat das Prozeßgericht nicht zu würdigen, dies ist vielmehr Sache des Vormundschaftsrichters, dem in entsprechender Anwendung des § 1636 die nähere Regelung des Verkehrs obliegt. AM. betreffs der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts KG. I. ZivSen., KGBl. **06** 20, SchlHolstAnz. **06** 90, welches die Verkehrsregelung durch das Vormundschaftsgericht auf den Fall des Vorhandenseins geschiedener Ehegatten beschränkt, nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten daher ausschließt. **c**) **RG.** DJZ. **06** 1205, JW. **06** 598, Rhein. ARV. **24** 116 ff. Das Recht zum persönlichen Verkehr ist nicht eine Folge der Blutsverwandtschaft oder Unterhaltspflicht, sondern der Sorge für die Person, die die Erziehung umfaßt. Durch die Adoption geht das Fürsorgerecht auf den Annehmenden über. Das Recht der leiblichen Eltern auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde widerspricht dem Zwecke der Annahme an Kindesstatt, Ersatz für eigene Kinder zu schaffen oder die Lebensstellung des Kindes zu heben, es könnte auch die Erziehung stören. Der Tod der Adoptiveltern ändert die Rechtslage nicht, daher ist eine Klage auf Gestattung des Verkehrs abzuweisen. Wenn den leiblichen Eltern aber ohne jeden verständigen Grund der persönliche Verkehr mit dem Kinde in unpassender Weise abgeschnitten wird, kann das Vormundschaftsgericht nach § 1666 Abs. 1 einschreiten (s. JDR. **3** zu § 1666 IV).

2. Zuständigkeit des Prozeßgerichts. **a**) Die JDR. **4** zu § 1636 I 1a mitgeteilte Entscheidung des OLG. Hamburg findet sich auch SchlHolstAnz. **06** 72. **b**) **RG.** R. **06** 865. Das Prozeßgericht kann für die Dauer des

Scheidungsprozesses durch einstweilige Verfügung den Verkehr der Frau mit dem minderjährigen Kinde regeln, wenn die Voraussetzungen des § 940 ZPO. neben denen des § 627 ZPO. vorliegen; diese Regelung ist eine „wegen der Sorge für die Person gemeinschaftlicher Kinder" getroffene Anordnung. § 1636 stellt nicht den einzigen Fall einer solchen Regelung dar. S. JDR. **4** zu § 1636 I 1 b. **c**) *Eltzbacher, Unterlassungsklage 143/144. Wird der zu dem Verkehre berechtigte Ehegatte von dem anderen Ehegatten fortgesetzt an dem Verkehr gehindert, so kann er auf Unterlassung der Hinderung klagen. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

3. Regelung durch das Vormundschaftsgericht. **a**) Pflegerbestellung. **RG.** RJA. **7** 160, JW. **06** 560, ZBlFG. **7** 402, R. **06** 1081. Ebensowenig wie in den Fällen der §§ 1666, 1635 kommt dem Kinde im Falle des § 1636 eine Parteistellung zu, es ist vielmehr Gegenstand amtlicher Fürsorge. Es bedarf nicht seiner Mitwirkung bei dem Verfahren, sein Interesse hat der Richter von Amts wegen wahrzunehmen. Pflegerbestellung ist daher nicht notwendig, vielmehr dem richterlichen Ermessen überlassen. Vgl. BayObLG. **7** 295. S. JDR. **4** zu § 1636 III 1. **b**) Ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. **RG. 63** 236, JW. **06** 393. Die im § 1636 vorgesehene Regelung kann allein von dem Vormundschaftsgerichte getroffen werden. Hierdurch wird die Möglichkeit eines Rechtsstreits über den von dem Vormundschaftsgerichte geregelten oder zu regelnden Verkehr ausgeschlossen (§ 13 GVG.; das Vormundschaftsgericht ist Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13 GVG.). Es ist auch nicht Klage auf Befolgung der von dem Vormundschaftsgerichte getroffenen Anordnungen zulässig, dieses vielmehr selbst zur Durchführung imstande. S. JDR. **1** zu § 1636 Ziff. II 4. **c**) Gründe der Regelung. OLG. **12** 323 (KG.). Nach § 1636 ist die Freiheit des Verkehrs der abseits lebenden Mutter mit den Kindern als Regel anzusehen, Einschränkung durch das Vormundschaftsgericht hat nur insoweit zu erfolgen, als Gründe vorliegen. In erster Reihe kommt hier das Kindesinteresse in Betracht, das ein Übermaß des Verkehrs verbietet. Soweit das Wohl der Kinder es aber zuläßt, darf das natürliche Recht der Mutter auf Verkehr nicht verkümmert werden; unter diesem Gesichtspunkt ist der Umfang des Verkehrs, sowie Vorbereitung und Durchführung der Zusammenkünfte zu regeln, so daß bei mehreren möglichen Arten die zu wählen ist, welche die Besuche der Mutter erleichtert und zu ihrem persönlichen Interesse besser paßt. Die Überwachung durch einen Pfleger ist angezeigt, wenn die Gehässigkeit der Mutter gegen ihren Mann befürchten läßt, daß sie sonst die Kinder gegen den Vater beeinflussen wird. S. JDR. **4** zu § 1636 III 2. **d**) Umfang der Einschränkung. BayObLG. **7** 246, R. **06** 690 (BayObLG.). Das Sorgerecht des unschuldigen Teiles nach § 1635 erleidet durch die Befugnis des anderen Teiles zum persönlichen Verkehr eine Einschränkung. In dem persönlichen Verkehre soll sich die Eltern- und Kindesliebe, die auch den schuldigen Elternteil mit dem Kinde verbindet, betätigen und lebendig erhalten; er darf deshalb, sofern nicht eine Gefährdung des Kindeswohles zu besorgen ist, nicht so eingeschränkt werden, daß beide einander entfremdet werden. Bei der Bestimmung von Ort und Zeit des Verkehrs ist das Kindeswohl in erster Linie entscheidend. Daß mit dem Verkehr ein zeitweiliges Verlassen des vom Erziehungsberechtigten bestimmten Aufenthaltsorts verbunden ist, steht der Anordnung nicht entgegen. **e**) KG. RJA. **7** 3, ZBlFG. **6** 563, **7** 62, KGBl. **06** 20, SchlHolstAnz. **06** 90, R. **06** 639, KGJ. **31** A 3, OLG. **12** 205. Dem mit der Personensorge betrauten Pfleger steht nicht nur die Aufenthaltsbestimmung, sondern auch die Regelung des Verkehrs des Kindes mit seinem Vater zu, welchen er nach pflichtmäßigem Ermessen unter Wahrung der Kindesinteressen, im übrigen aber unter billiger Rücksicht

auf den Anspruch des Vaters auf Verkehr zu ordnen hat; hat das Vormundschaftsgericht in unrichtiger Anwendung des § 1636 auf diesen Fall den Verkehr des Vaters mit dem Kinde geregelt, und beantragt der Vater nur die Abänderung in einzelnen Punkten, so hat das Beschwerdegericht doch die ganze Anordnung aufzuheben, wenn es die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zum Erlasse der Anordnung verneint; das Beschwerdegericht wird zwar nur auf Anruf tätig, ist dann aber nicht notwendig in den Rahmen des Beschwerdeantrags eingeschränkt (§ 12 FGG.).

4. Verzicht. **a)** v. Blume Note 5 zu § 1636. Das Elternrecht des § 1636 ist verzichtbar, entgeltlicher Verzicht jedoch unsittlich. S. JDR. **2** zu § 1636 Ziff. 1. **b)** *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Der vertragliche Verzicht auf das an sich unentziehbare und, weil Pflichten auferlegend, unveräußerliche Zutrittsrecht, als solcher nichtig, ist im Adoptivvertrage rechtsverbindlich, da dieser die vertragliche Aufgabe der die wichtigsten Pflichten mitumfassenden elterlichen Rechte zuläßt. Es empfiehlt sich die Entziehbarkeit des Zutrittsrechts, im Anschluß an den staatlichen Eingriff in Familienangelegenheiten durch die Fürsorgegesetzgebung, richterlicher Entscheidung zugänglicher zu machen.

§ 1638. 1. Zeitpunkt und Form der Ausschließung (s. JDR. **1** zu § 1638 Ziff. 1 d). **a)** BayObLG. **6** 559, R. **06** 54 (BayObLG.). Zur Ausschließung des Verwaltungsrechts des gesetzlichen Vertreters genügt jede mit der Zuwendung verbundene Kundgebung des darauf gerichteten Willens, sie kann insbesondere darin gefunden werden, daß der Schenker die dem Kinde unter Lebenden zugewendeten Wertpapiere in seiner ständigen Verwahrung behalten und nur jeweils die Zinsen dem gesetzlichen Vertreter ausgehändigt hat. **b)** v. Blume Note 3 zu § 1638. Die Bestimmung muß bei der Zuwendung getroffen werden und bedarf der Form der Zuwendung. Für Formlosigkeit Planck (3) zu § 1638 Note 3. **c)** Die JDR. **4** zu § 1638 Ziff. 1 b mitgeteilte Entscheidung findet sich auch BayObLG. **6** 553, SeuffBl. **06** 195.

2. Anordnung eines Dritten, nicht Verzicht des Vaters. PosMschr. **06** 85 (Stettin). Nach § 1638 kann zwar ein Dritter dem Kinde eine Zuwendung machen mit der Bestimmung, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll. Als Dritter kann aber nicht der Vater selbst angesehen werden. Der Vater kann nicht wirksam auf sein Verwaltungsrecht verzichten und deshalb auch nicht bei der Zuwendung von Vermögen an sein Kind dessen Verwaltung einem anderen als Recht übertragen. — Diese Ansicht ist vom RG. gebilligt.

3. v. Blume Note 2 zu § 1638, Planck (3) Note 2 b zu § 1638. Unentgeltliche Zuwendung ist auch die Ausstattung.

§ 1640. I. Umfang der Inventarisationspflicht. 1. Später zufallendes Vermögen. **a)** *Schultheis, ZBlFG. **7** 177, bekämpft die Ansicht Staudinger-Engelmanns (JDR. **3** zu § 1640 I 1 a), daß „später zufallendes" Vermögen nur das in der Zeit zwischen dem Tode der Mutter und der Inventarerrichtung anfallende Vermögen sei, und gelangt zu dem Ergebnisse, daß auch das nach der Inventareinreichung anfallende Vermögen in einem Nachtragsverzeichnisse zur Kenntnis des Gerichts zu bringen ist, aber nur der außerordentliche Vermögensanfall (Erbschaft, Schenkung), der eine alsbaldige Feststellung erheischt, während die regelmäßigen Ab- und Zugänge nur Faktoren der gemäß § 1681 zu legenden Schlußrechnung bilden (s. zu § 1802). **b)** v. Blume Note 3 b zu § 1640. Hat das Kind beim Tode der Mutter Vermögen, so ist es alsbald zu verzeichnen; kommt es später zu Vermögen, so ist nunmehr Inventar zu errichten. Mehr als ein Verzeichnis braucht aber nicht aufgestellt zu werden; Zu-

und Abgänge brauchen nicht nachträglich verzeichnet zu werden (vgl. §§ 1667 Abs. 2, 1669). **c**) Gimmerthal, ABürgR. **29** 276. Vermögensvermehrungen und Verminderungen sind nicht anzuzeigen.

2. Gesamtgut und ähnliche Vermögensmassen. **a**) *Schultheis, ZBlFG. **7** 185. Wenn § 1640 nicht wie § 1802 Aufzeichnung des Vermögens schlechthin, sondern Aufzeichnung des der Verwaltung des Vaters unterliegenden Vermögens verlangt, so soll dieser anscheinend einschränkende Zusatz nur der Verdeutlichung dienen, keine Abweichung von dem für den Vormund geltenden Rechte enthalten. Auch der Vormund hat das Vermögen nicht zu inventarisieren, das ein Pfleger verwaltet. Aber derartige Pflegschaftsfälle gemäß § 1638 spielen gegenüber dem Gewalthaber eine praktisch viel bedeutsamere Rolle; deshalb soll der erwähnte Zusatz nur die besonders wichtige Einschränkung hervorheben, die beim Vormund zwar in gleicher Weise zutrifft, aber tatsächlich seltener vorkommt. Vater wie Vormund haben alles Vermögen zu inventarisieren, das ihrer Verwaltung kraft elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt unterworfen ist. Mit dieser Verwaltung ist, wie sich aus § 1638 ergibt, Recht und Pflicht der Sorge für das Vermögen, die Aufgabe der Interessenwahrnehmung einschließlich der Vertretung der durch die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit an eigener Wahrnehmung gehinderten Kinder gemeint. Es kommt darauf an, ob der Vater für ein bestimmtes Vermögensstück die zur Wahrnehmung dieser Kindesinteressen berufene Person ist. Dann unterliegt das Vermögensstück der elternrechtlichen Verwaltung des Vaters, ohne daß es auf den Umfang der Aufgabe der Interessenwahrnehmung ankommt; insbesondere ist es gleichgültig, ob einem Dritten eine Verwaltung kraft eigenen Rechtes zusteht, die also die Rechte des Kindes ohne Rücksicht auf dessen Minderjährigkeit schmälert, z. B. ehemännliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht, Verwaltungsrecht auf güterrechtlicher Grundlage. Steht ein derartiges Recht dem Vater selbst zu, so ist es von dem elterlichen Sorgerecht wesentlich verschieden, das sich neben jenem meist nur in der Mitwirkung in einzelnen Fällen und in einer gewissen Überwachung betätigt (Zustimmung nach §§ 1375, 1444 ff. usw.). Ist auch der Vater, der als überlebender Ehegatte in fortgesetzter Gütergemeinschaft, Vorerbe die Verwaltung führt, bei einzelnen Geschäften an der Vertretung der Kinder rechtlich verhindert, so hat er doch grundsätzlich die Vermögensverwaltung kraft Elternrechts, z. B. bei Geltendmachung der Rechte aus § 1449 verb. m. § 1487. Deshalb muß der Vater inventarisieren a) das eingebrachte Gut der Tochter, das deren Ehemann verwaltet, b) den Nachlaß, dessen Erben das Kind, dessen kautionsfreier Nießbraucher oder Testamentsvollstrecker er ist oder dessen Vorerbe der Vater, dessen Nacherbe das Kind ist. Auch das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft muß er ebenso wie eine ungeteilte Erbschaft verzeichnen, durch ein Inventar, das das ganze Gesamtgut umfaßt; denn das Gesamtgut steht im gemeinschaftlichen Eigentum des Vaters und der Kinder zur gesamten Hand, wie während der Ehe im gemeinsamen Eigentum des Mannes mit der Frau (§ 1487), ist also gegenwärtiges Kindesvermögen, noch viel mehr als im Falle der Nacherbfolge. (S. IDR. **1** zu § 1640 Ziff. 2 e.) Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit beider Verwaltungen kann Verletzung der Elternrechte nie zur Entziehung des anderweiten Verwaltungsrechts führen. (S. IDR. **4** zu § 1640 I.) **b**) Gimmerthal, ABürgR. **29** 273 ff. Eine Beschränkung des Inventars auf das vom Vater kraft elterlicher Gewalt verwaltete Vermögen läßt sich nicht rechtfertigen. Deshalb ist das Gesamtgut der fortgesetzten wie der Errungenschaftsgemeinschaft zu verzeichnen. Dagegen ist bei Erbeinsetzung des Kindes als Nacherbe und bei Pflichtteilsberechtigung kein Inventar des gesamten Nachlasses geboten; §§ 2314, 2121 sind Mittel zur Klarstellung. **c**) v. Blume Note 3 zu § 1640.

Das vom Kinde ererbte Vermögen ist nicht zu verzeichnen, solange die Erbengemeinschaft besteht, auch wenn der Vater selbst Miterbe ist; denn er führt dann die Verwaltung kraft seiner und des Kindes Beteiligung an der Gemeinschaft. AA. die herrschende Meinung. — Hat das Kind einen Pflichtteilsanspruch, so braucht nur dieser Anspruch, nicht der Nachlaß inventarisiert zu werden; ebensowenig der Nachlaß, dessen Nacherbe das Kind ist. — Das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist nicht zu verzeichnen, da es nicht kraft elterlicher Gewalt verwaltet wird, wohl aber das Vermögen, an dem der Vater die Leibzucht hat, weil diese die elterliche Verwaltung nur einschränkt, nicht aufhebt. **d)** Württ. Recht. α. *Weegmann, WürttZ. **06** 289 ff. Beim Bestehen der württ. statutarischen Nutznießung greift § 1640 nicht ein, da der Nutznießer nicht kraft elterlicher Gewalt, sondern kraft statutarischen Nutznießungsrechts verwaltet. Ist der Erbfall vor dem 1. 1. 00 erfolgt und gemäß Art. 36 WürttNotG. die Teilung aufgeschoben, so kann ein Verzeichnis deshalb nicht gefordert werden, weil der Nutznießer kraft des vormundschaftlich genehmigten Vertrags seiner elterlichen Inventar- und Auseinandersetzungspflicht enthoben ist. Beim Erbfall nach dem 31. Dezember 1899 kann aus dem obengenannten Grunde § 1640 zwar nicht eingreifen, aber auch der Art. 36 WürttNotG. nicht mehr zur Anwendung kommen. In Ermangelung von Übergangsbestimmungen ist man genötigt, in sinngemäßer Anwendung des § 1640 dem Vormundschaftsgericht das Recht zuzugestehen, vom Nutznießer ein Vermögensverzeichnis i. S. des § 1640 zu verlangen. β. *Natter, WürttZ. **06** 193 ff. Der Inhaber der elterlichen Gewalt hat auch dasjenige Kindesvermögen, das seiner ihm nach Art. 262 WürttAGBGB. zustehenden statutarischen Nutznießung unterliegt, gemäß § 1640 BGB. zu verzeichnen und das Verzeichnis dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Von der ihm nach § 1628 BGB. als Inhaber der elterlichen Gewalt obliegenden Sorge für das Vermögen des Kindes ist das zugleich seiner statutarischen Nutznießung unterworfene Kindesvermögen nicht ausgeschlossen. Das Nichtbestehen eines gegen den statutarischen Nutznießer gerichteten privatrechtlichen Anspruchs auf Inventarerrichtung schließt sonach die Anwendbarkeit des eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung statuierenden § 1640 BGB. hinsichtlich des in der statutarischen Nutznießung des Gewalthabers stehenden Kindesvermögens nicht aus. Die Einreichung des Vermögensverzeichnisses kann gemäß Art. 2 WürttG. v. 12. 8. 79 durch Ordnungsstrafe erzwungen werden. — AA. Weegmann, WürttZ. **06** 332. Keine Inventarpflicht nach § 1640, weil der Nutznießer nicht kraft elterlicher Gewalt verwaltet. Ebenso wie JDR. **4** zu § 1640 I 2. Vgl. auch Natter WürttZ. **06** 360 ff.: Im Falle des Teilungsaufschubs muß der gesamte Nachlaß aufgezeichnet werden, dazu gehören auch die Ersatzansprüche des verstorbenen gegen den überlebenden Ehegatten. Das Vermögensverzeichnis kann also vollständig nur errichtet werden auf Grund der Gesellschaftsteilung, durch welche der Nachlaß erst ermittelt wird. Es kann also die Teilung nicht mehr ohne Feststellung des Nachlasses aufgeschoben werden.

3. Schulden, Wertangabe. **a)** *Schultheis, ZBlFG. **7** 182, spricht sich gegen Planck Note 2aE. und Staudinger-Engelmann (2) Note 36 zu § 1640 für die Notwendigkeit der Aufnahme der Schulden in das Inventar aus unter Hinweis auf die Motive zu dem für § 1640 vorbildlichen § 1659 Entw. I, Mot. IV 1102 und 1101, wonach dies dem Gesetzgeber als etwas Selbstverständliches erschien, und mit der weiteren Ausführung, daß zu dem der Verwaltung des Vaters unterliegenden Vermögen auch die Schulden gehören, deren Verwaltung ihm ebenso wie die der Aktien obliege, und daß der Zweck des § 1640, Klarheit über die Vermögenslage zu schaffen, gerade die Aufnahme der

Schulden erheische. (S. JDR. 1 zu § 1640 Note 2 aE.). Gegen Aufnahme der Schulden auch v. Blume Note 3 a zu § 1640, Fischer-Henle Note 4 zu § 1640. b) Gimmerthal, ABürgR. 29 278. Zum Vermögen im juristischen Sinne gehören auch die Schulden. Diese sind auch in das Verzeichnis aufzunehmen. Dafür sprechen die für die Forderung eines Inventars überhaupt geltenden Gründe, insbesondere die Motive § 1802. c) *Weegmann, WürttZ. 06 129 ff. Soll das vom Gewalthaber einzureichende Vermögensverzeichnis seinen Zweck erfüllen, so muß es auch die Angabe des Wertes (nach gewissenhafter Schätzung des Gewalthabers) der einzelnen Gegenstände (arg. die Worte des Gesetzes „bei Haushaltungsgegenständen genügt die Angabe des Gesamtwerts") und die Berechnung der Schulden enthalten. Gehört zum Nachlaß ein Gesamtgutsanteil infolge des zwischen den Eltern bestandenen Güterstandes der Errungenschaftsgemeinschaft, so ist eine Berechnung des Anteils des Kindes an diesem Gesamtgutsanteile der Mutter unerläßlich. Auch die zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen sind in dem Verzeichnisse zu berücksichtigen. AM. Planck § 1640 Erl. Nr. 2 und Carlebach, DNotV. 03 21. (JDR. 2 zu § 1640 Ziff. 2.)

4. Haushaltsgegenstände. a) Gimmerthal, ABürgR. 29 282. Bei der Begriffsbestimmung der Haushaltsgegenstände kommt nichts darauf an, ob sie im gewöhnlichen Gebrauch gewesen sind oder nicht, wohl aber darauf, ob die Gegenstände in einem Haushalte der fraglichen Art benutzt zu werden pflegen. Damit scheiden aus: Familienerbstücke, das silberne oder goldene Gerät im Vermögen des kleinen Mannes, das aus Schenkungen zu Ehrentagen herrührt usw. b) *Schultheis, ZBlFG. 7 190. Da der Begriff der Haushaltsgegenstände kein festumschriebener ist, kann das Gericht verlangen, daß der Vater angibt, was er darunter verstanden hat, indem er die einzelnen Kategorien anführt, z. B. Haushaltsgegenstände als Zimmer- und Kücheneinrichtung, Bettwäsche, Tischwäsche usw. Kleidung und Leibwäsche gehört nicht zu den Haushaltsgegenständen; gleichwohl wird auch bei ihnen, namentlich wenn sie in geringer Menge vorhanden sind, Angabe des Gesamtwertes genügen.

II. Prüfung des Inventars; Aufnahme durch Behörden. *Gimmerthal, ABürgR. 29 267—310. Die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses ist eingehender geregelt, als man zur Zeit annimmt, so daß das Verzeichnis in der Regel eine brauchbare Grundlage für die Vermögensverwaltung des Vaters bildet; nur müßte ausnahmslos die amtliche Aufnahme des Verzeichnisses gesetzlich gefordert werden, weil eine verschiedene Behandlung der Inventarpflicht im Einzelfalle verstimmend wirken und verhindern kann, daß das Vermögensverzeichnis volkstümlich wird. Das Verzeichnis ist vom Richter nur aus sich selbst heraus zu prüfen. Im § 1640 Abs. 2 wird der Fall geregelt, wo der Vater ein Verzeichnis einreichen will, aber zur Aufnahme unfähig ist. Vom Zwang gegen den die Aufnahme verweigernden Vater ist allein im § 1670 die Rede. Dort wird nur an einen Zwang auf den Willen des Vaters, nicht an die zwangsweise Aufstellung des Verzeichnisses gedacht. Die Mutter hat bei der Aufnahme des Verzeichnisses jeden Beistand zuzuziehen. Bei Zuziehung des Beistandes kann die amtliche Aufnahme des Verzeichnisses nicht angeordnet werden. Der Zweck des Verzeichnisses ist erfüllt, wenn es vom Richter als genügend befunden worden ist. Alsdann kann die Einsicht in dasselbe nur kraft des allgemeinen Rechtes der Akteneinsicht verlangt werden. (§ 34 FGG.: Vater; Pfleger; die Mutter; das Kind regelmäßig nicht vor beendeter Gewalt.) (S. JDR. 1 zu § 1640 S. 113 aE.)

III. Kosten. a) v. Blume Note 8. Die Kosten fallen zunächst dem Kindesvermögen, bei Nutznießung aber dem Vater zur Last (§ 1654); die Kosten der

amtlichen Aufnahme hat der Vater zu tragen. **b)** *Schultheis, ZBlFG. **7** 177. Die Kosten des Inventars fallen dem Vater zur Last. AA. Gimmerthal, ABürgR. **29** 306. Dem Kinde fallen die Kosten zur Last, wie dem Mündel (§§ 1802, 1835). (S. IDR. **2** zu § 1640 Ziff. 7).

IV. Die IDR. **4** zu § 1640 III mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch DIZ. **06** 375 u. SeuffBl. **06** 360, BayObLG. 6 623.

§ 1642. 1. Gemeinschaftliches Geld, insbesondere zur Erbengemeinschaft gehöriges. **a)** v. Blume Note 2 zu § 1642. Was zum Gesamtgut der fortgesetzten GG. gehört, braucht der Vater nicht nach § 1642 anzulegen, ebensowenig Geld, das er für die Erbengemeinschaft verwaltet. **b)** Planck Note 1 zu § 1642 tritt der IDR. **1** zu § 1642 Ziff. 2 mitgeteilten Ansicht des KG. bei, weist aber darauf hin, daß sich nach den Bedürfnissen der Erbengemeinschaft bestimmt, was verfügbar ist, und die Erben durch Mehrheisbeschluß eine andere Auslegung beschließen können (§§ 2038, 745).

2. Überwachung. HessRspr. **6** 149 (LG. Mainz). Das Vormundschaftsgericht hat den elterlichen Gewalthaber nicht durch Anfragen oder sonstige Maßnahmen zur Auskunft oder zum Nachweis über mündelsichere Anlegung des Geldes seiner Kinder anzuhalten, wenn der Gewalthaber auch zu solcher Anlegung verpflichtet ist. S. IDR. **4** zu § 1642.

§ 1643. 1. Grundstücksveräußerung. **RG.** R. **06** 39. Da der Vater zum Verkauf der Grundstücke seiner Kinder ohne obervormundschaftliche Genehmigung nicht berechtigt ist, so handelt er nicht innerhalb seiner Vertretungsmacht, wenn er vor erteilter Genehmigung den Kaufpreis gegen Übergabe der Grundstücke in Empfang nimmt und kann dadurch rechtsgeschäftlich die Kinder zur Rückzahlung nicht verpflichten, so daß nur eine etwaige ungerechtfertigte Bereicherung in Frage kommen kann. In dem vom RG. entschiedenen Falle hatte der Vater bei der Empfangnahme des Kaufpreises zugleich erkennbar ohne Vertretungswillen gehandelt. Brettner, der diesen Fall mitteilt, fügt aaO. hinzu, daß die Entscheidung dieselbe sein müsse, wenn auch der Vater ausdrücklich das Geld im Namen der Kinder in Empfang genommen hätte, denn, da wegen der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts den Kindern kein Kaufgeld zustand, wäre die Anzahlung nur kreditiertes Geld, also ein genehmigungsbedürftiger Rechtsakt (§§ 1643, 1822 Ziff. 8). ➵ Es ist anzunehmen, daß das RG. in dem von ihm entschiedenen Falle auf das Nichtvorhandensein des Vertretungswillens nur für die Frage der Bereicherung der Kinder (im Gegensatz zur Bereicherung des Vaters) entscheidendes Gewicht legte. Red. ⇠

2. Grundstückserwerb. **a)** BayObLG. **7** 388, BayRpflZ. **06** 343, R. **06** 1081 (BayObLG.). Auch wenn man nicht der IDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2c mitgeteilten Ansicht des KG. folgt, daß die sich aus § 1643 ergebende Befugnis des Vaters zum selbständigen Erwerb von Forderungen auf Übereignung eines Grundstücks die Selbständigkeit für den die Übereignung bewirkenden dinglichen Vertrag zur notwendigen Folge habe, vielmehr annimmt, daß der Vater nicht ohne obervormundschaftliche Genehmigung die Forderung des Kindes durch Entgegennahme der Auflassung zum Erlöschen bringen kann, so hat die Unwirksamkeit der Erfüllung doch nicht die Unwirksamkeit der Übereignung zur Folge. Das Grundbuchamt ist aber nur mit der Auflassung, nicht mit dem Kausalgeschäft befaßt, darf deshalb die Eintragung des Eigentumsübergangs wegen fehlender Genehmigung nicht ablehnen. **b)** v. Blume Note 3b zu § 1643. Die Auflassung eines Grundstücks ist schlechthin abstrakt und kann nicht die Annahme der Leistung aus dem Kaufvertrag enthalten. Daher bedarf der Gewalthaber keiner Genehmigung zum Erwerb durch Auflassung. S. IDR. **4** zu § 1643 Ziff. 2 u. **3** zu § 1643 Ziff. 2c.

3. Grundstückserwerb mit gleichzeitiger Hypothekbestellung. **a)** KG.; RJA. **7** 131, ZBlFG. **7** 153, R. **06** 1022, KGJ. **32** A 232. Die Hypothek kann auf die den Kindern aufgelassenen Grundstücke erst eingetragen werden und dingliche Wirkung erlangen, nachdem die Kinder zunächst als Eigentümer der Grundstücke eingetragen sind. Mithin enthält die Eintragungsbewilligung des elterlichen Gewalthabers, auf Grund deren die Belastung der den Kindern gleichzeitig aufgelassenen Grundstücke mit der Hypothek erfolgen soll, eine Verfügung über die Grundstücke und ist daher ein genehmigungsbedürftiger Rechtsakt nach §§ 1821 Ziff. 1, 1643. **b)** Marcus, DJZ. **06** 959. Der Vater bedarf keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Hypothekbestellung, die gleichzeitig mit dem Grundstückserwerb erfolgt, schon wegen des Mangels der Anwendbarkeit der ratio der Beschränkung auf diese Akte; es handelt sich dabei nicht um Aufgabe bereits zustehender Rechtsgewalt zugunsten eines anderen, sondern um ein modifiziertes Erwerbsgeschäft. AM. v. Blume Note 3 a zu § 1643. S. JDR. **4** zu § 1643 Ziff. 1.

4. Vergleich. **a)** R. **06** 118, OLG. **12** 325, SeuffBl. **06** 655 (BayObLG.). Der elterliche Gewalthaber bedarf nicht der Genehmignng zu einem Vergleich an sich; wenn dieser aber ein Rechtsgeschäft enthält, das genehmigungsbedürftig ist, so kann es auch bei Schließung eines Vergleichs nicht ohne die Genehmigung vorgenommen werden. Deshalb ist ein Vergleich, durch den das Maß der dem minderjährigen Sohne nach § 1708 Abs. 1 obliegenden wiederkehrenden Leistungen festgesetzt wird, nach §§ 1643, 1822 Ziff. 5 der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürftig. **b)** BayObLG. **6** 732, R. **06** 118. Der elterliche Gewalthaber bedarf zwar nicht wie der Vormund nach § 1822 Ziff. 12 der obervormundschaftlichen Genehmigung zu einem Vergleich; damit ist aber nicht jeder Vergleich genehmigungsfrei. Ein Rechtsgeschäft, zu dem der Vormund nach mehreren Vorschriften der Genehmigung bedarf, ist auch für den elterlichen Gewalthaber genehmigungsbedürftig, wenn es nur unter eine der im § 1643 Abs. 1 bezeichneten Vorschriften fällt; z. B. Vergleich mit wiederkehrenden Leistungen nach § 1822 Ziff. 5. S. JDR. **3** zu § 1643 Ziff. 2a u. **1** zu § 1643 Ziff. 1c.

5. Erbschaftsausschlagung. Keßler, „Zu § 1643", BayRpflZ. **05** 507. Übt die Mutter nach § 1685 Abs. 1 die elterliche Gewalt an Stelle des des Vaters aus, so bedarf sie keiner obervormundschaftlichen Genehmigung zur Ausschlagung einer den Kindern erst infolge ihrer eigenen Ausschlagung angefallenen Erbschaft (§ 1643 Abs. 2 Satz 2 in Verb. mit § 1686, der für § 1685 Abs. 1 ebenso gilt wie für § 1684).

6. Die väterliche Aussage nach schlesw.-holst. Recht. Matthießen, 28 ff. Die väterliche Aussage nach dem schlesw.-holst. Recht besteht darin, daß der Vater an Stelle der ordentlichen Erbteilung des mütterlichen Nachlasses, den mütterlichen Erbteil der Kinder durch seine einseitige Erklärung festsetzen darf; der Vater erlangt das Recht, den mütterlichen Nachlaß zu Alleineigentum zu erhalten, während die Kinder lediglich ein Forderungsrecht auf Auskehrung des Ausgesagten gegen den Vater haben. Die väterliche Aussage bedarf der Bestätigung von Verwandten, die deshalb nicht zu Pflegern zu bestellen sind. Eine Vertretung der Kinder bei dem Aussageakt ist regelmäßig nicht erforderlich; denn eine für die Kinder zu besorgende Angelegenheit liegt nicht vor, da die Aussage ein einseitiges, durch Zeugen zu bestätigendes Rechtsgeschäft gegenüber der Behörde ist und diese Behörde als Vormundschaftsgericht im Interesse der Kinder tätig ist. (Vgl. **RG. 60** 134.) Pflegerbestellung kann nur unter Umständen geboten sein, z. B. bei Besorgnis, daß der Vater sein Recht zur Verkürzung der Kinder mißbrauchen werde, behufs Geltendmachung der Ansprüche. Der Vater hat Sicherheit zu leisten. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Aus-

sage ist nicht erforderlich. Die nach § 1643 BGB. erforderliche Genehmigung zur Verfügung über eine Erbschaft und Erbteil setzt voraus, daß der Vater als elterlicher Gewalthaber und Vertreter des Kindes handelt; diese Vorschrift betrifft aber nicht den Fall, daß der Vater aus eigenem Rechte kraft seiner güter= und erbrechtlichen Befugnisse eine Verfügung über den Kindeserbteil trifft, wie es bei der Aussage der Fall ist. — Die Kinder sind nach formgültig beschaffter Aussage verpflichtet, den Nachlaß auf den Vater zu übertragen. Der Vater kann namens der Kinder in Erfüllung der diesen obliegenden Verpflichtung sich ihren Miterbanteil nach § 2033 durch gerichtlichen Vertrag übertragen (§ 181). Ist das Kind aber Alleinerbe, so sind die einzelnen Gegenstände durch Auflassung usw. zu übertragen, die Auflassung kann der Vater allein vornehmen, wenn er den Nachweis führen kann, daß die Auflassung in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Die erforderlichen Übertragungsgeschäfte bedürfen in den Fällen des § 1643 obervormundschaftlicher Genehmigung, die aber regelmäßig erteilt werden muß, wenn die formgültige Aussage und Sicherheitsleistung nachgewiesen ist.

§ 1645. *Jacusiel, Nutzungsrecht am Handelsgeschäft 95. § 1645 ist nur Ordnungsvorschrift. Bei Zuwiderhandeln hat der Vater gleichwohl die Nutznießung am Geschäft, haftet auch nicht einmal erhöht (s. JDR. **1** zu § 1645 Ziff. 1).

§ 1646. **a**) v. Blume Note 2 zu § 1646. Die Absicht, für Rechnung des Kindes zu erwerben, ist nicht identisch mit der Absicht, für das Kind zu erwerben; nur wenn der Geschäftsführer des Kindes Vertretungsmacht hat, kann aus der einen auf die andere Absicht geschlossen werden. Der Erwerb im Falle des § 1646 vollzieht sich deshalb trotz wörtlicher Übereinstimmung anders als im Falle des § 1381. **b**) R. **06** 1198 (Frankfurt). Erwerb mit Mitteln des Kindes liegt auch dann vor, wenn der Vater infolge Zuwendung eigener Mittel des Kindes, die dies dem Vater zum Erwerb bestimmter Sachen macht, Anschaffungen vornimmt, die sonst unterblieben wären; es bedarf nicht der Verwendung des dem Kinde gehörigen Geldes zum Ankauf.

§ 1651. R. **06** 1263 (Colmar). Zum freien Kindesvermögen gehört auch der auf den Dienstvertrag gegründete Anspruch auf Ersatz eines im Dienste erlittenen Schadens gegen den Dienstherrn (§ 618 Abs. 3). Die Kosten des Rechtsstreits fallen dem freien Vermögen, nicht dem Vater zur Last.

§ 1654. 1. Kindesvermögen als Voraussetzung der Haftung des Vaters, insbesondere für Prozeßkosten. **a**) OLG. **12** 325 (Celle). Die Entstehungsgeschichte zeigt deutlich, daß die Haftung des Ehemanns und des Vaters für die Kosten eines Prozesses der Frau bzw. des Kindes gleich gestaltet werden sollte. Die Haftung des Gewalthabers ist nicht davon abhängig, daß Kindesvermögen vorhanden ist; er kann sich dieser Haftung durch Verzicht nach § 1662 entziehen. Daß seine Haftung nicht auf den Ertrag der Nutznießung beschränkt ist, ergibt auch die Erwägung, daß § 1654 über § 1659, der für alle Schulden die Haftung mit dem Ertrag der Nutznießung bestimmt, hinausgehen will. (Vgl. auch OLG. **12** 328 (Hamburg). **b**) Die JDR. **4** zu § 1654 Ziff. 1b aE. mitgeteilte Entscheidung des LG. München I findet sich auch JustdRundsch. **4** 349, BayRpflZ. **06** 26. **c**) R. **06** 621 (Breslau). Die Verpflichtung zur Lastentragung beruht zwar auf der Nutznießung, hängt aber nicht von Überschüssen des Ertrages ab, die Haftung erstreckt sich auf das eigene Vermögen des Elternteils (§§ 1654, 1388). Nach § 92 GKG. wird der Nutznießungsberechtigte kraft Gesetzes Schuldner der Kosten eines Rechtsstreits über nicht freies Gut, die auf seinen Namen gebucht und unmittelbar gegen ihn beigetrieben werden. **d**) KG., DJZ. **06** 881. Auf Grund des § 1654 können Ansprüche gegen den Vater nicht geltend gemacht werden, wenn nicht erhellt,

daß das Kind Vermögen besitzt, welches der väterlichen Nutznießung unterliegt und dessen Lasten der Vater zu tragen hat. S. IDR. **3** zu § 1654 u. **2** zu § 1654.

2. Öffentliche Lasten, die der Vater zu tragen hat. Schultzenstein, ABürgR. **29** 176 ff. Nicht nur dinglich auf dem Vermögen ruhende Lasten sind gemeint, sondern alle Lasten, die vom Kinde mit Hilfe des der Nutznießung unterliegenden Vermögens zu erfüllen sind; Lasten sind gleichbedeutend mit Verpflichtungen oder Verbindlichkeiten überhaupt, auch nur einmal zu erfüllende, auch solche rein negativen Inhalts (Einschränkungen in der Benutzung des Grundeigentums). Als öffentliche Lasten muß der Vater alle Lasten nicht rein privatrechtlicher Natur tragen, mögen sie dem eigentlichen Verwaltungsrecht, dem Steuerrecht oder einem anderen öffentlich-rechtlichen Gebiet angehören. Gegen den Vater als Gesamtschuldner der öffentlichen Lasten finden auch alle Zwangsmittel des öffentlichen Rechtes statt (Ersatzvornahme, Exekutivgeldstrafe, Haft, unmittelbarer Zwang); ebenso treten die zivilrechtlichen, prozessualen und strafrechtlichen Folgen der Nichterfüllung der Last ein. Den Vater treffen auch die Verpflichtungen, wenn das Kind Eigentümer einer polizeiwidrig gewordenen Sache oder Urheber eines polizeiwidrigen Zustandes ist, insbesondere Pflicht zur Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes; ebenso treffen ihn die Verpflichtungen des Kindes aus den sozialpolitischen Versicherungsgesetzen, da sie, wenn auch wegen der Erwerbstätigkeit zu leisten, doch nicht auf dem freien Vermögen ruhen. Siehe Schultzenstein zu §§ 1385, 1388. S. IDR. **1** zu § 1654 Abs. 2.

3. Außerordentliche Lasten. v. Blume Note 2c zu § 1654 rechnet die Erbschaftssteuer zu den auf dem Stammwert ruhenden, außerordentlichen Lasten. AA. Schultzenstein, ABürgR. **29** 209, weil die Last nicht auf den Stammwert gelegt erscheint, da sie vom Betrag der Bereicherung berechnet wird, auch nicht mit dem Untergange des Empfangenen untergeht. Schultzenstein aaO. 235 rechnet auch Kanalanschlüsse, Straßenpflasterungen und Anliegerbeiträge nicht zu den außerordentlichen und auch nicht auf den Stammwert gelegten Lasten.

§ 1655. v. Blume Note 5 zu § 1655. Der Vater darf nicht unter Fortführung des Erwerbsgeschäfts die zum Geschäftsvermögen gehörenden verbrauchbaren Sachen gemäß § 1653 für sich verwenden; die zum Erwerbsgeschäft gehörenden Gegenstände sind gemäß § 1655 der gewöhnlichen Nutznießung entzogen. S. IDR. **1** zu § 1655.

§ 1656. v. Blume Note 2e zu § 1656. Der Vertreter des Kindes hat die Rechtsstellung eines Treuhänders des Nutznießers, dem er zur Rechnungslegung und Herausgabe des erzielten Reinertrags verpflichtet ist; der Anspruch auf Herausgabe kann auch gegen das Kind gerichtet werden.

§ 1661. **a**) v. Zimmermann, Aussteueranspruch 51. Der Tochter sind trotz fortdauernder Nutznießung des Vaters die zur Einrichtung des Haushalts erforderlichen Mittel zu belassen, da der Vater kraft seiner Sorgepflicht (§ 1627) das Vermögen zunächst, soweit erforderlich, für die Interessen der Tochter zu verwenden hat, so daß seine Nutznießung nur an dem hierzu nicht erforderlichen Betrag bestehen bleibt. **b**) v. Blume Note 3 zu § 1661. Nachträgliche Einwilligung beendigt die Nutznießung nicht, wenn sie nicht unter besonderen Umständen als Verzicht aufzufassen ist. § 184 ist unanwendbar. S. IDR. **1** zu § 1661.

§ 1662. **a**) v. Blume Note 3. Verzicht mit Beschränkung auf einzelne Vermögensteile ist unzulässig, da die Nutznießung kein Recht an den einzelnen Gegenständen ist, diese vielmehr nur mittelbar ergreift. Freies Kindesvermögen kann weder durch einseitige Erklärung des Vaters noch durch Vertrag zwischen Vater und Kind, letzteres nicht wegen Fehlens einer dem § 1368 entsprechenden

Vorschrift geschaffen werden. Vertragsmäßig kann der Vater dem Kinde die Ausübung der Nutznießung überlassen. S. JDR. **4** zu § 1662 Ziff. 1. **b**) v. Blume Note 5. Verzicht des Vaters hindert nicht den Eintritt der Nutznießung der Mutter, auch nicht im Falle des § 1685 Abs. 2. S. JDR. **1** zu § 1685 Ziff. 3.

§ 1663. Planck (3) zu § 1663 Note 2. § 1663 Abs. 1 gilt auch, wenn die Nutznießung endigt, weil sie dem Vater gemäß § 1666 Abs. 2 entzogen ist. AA. Burchard, BuschsZ. **32** 126. S. JDR. **1** zu § 1663.

§ 1664. Vgl. o. § 1631 Ziff. 2a.

§ 1665. OLG. **12** 329 (KG.). Als Maßregel nach § 1665 kann nicht eine so umfassende Anordnung wie die Übertragung der elterlichen Gewalt im ganzen getroffen werden, sondern nur eine Maßnahme beschränkterer Art, welche einem bestimmten vorübergehenden Bedürfnis abhelfen soll und dazu erforderlich ist. Nicht jede Krankheit oder Abwesenheit begründet einen Hinderungsfall; es kommt darauf an, ob sie wirklich nach Lage der Sache die Ausübung unmöglich machen (also nicht, wenn der Vater leicht erreichbar ist und die Geschäfte brieflich oder unschwer persönlich erledigen kann).

§ 1666. I. Voraussetzungen. 1. Mißbrauch. **a**) v. Blume II 1 zu § 1666. Der Vater darf auch ungewöhnliche Wege wählen, sofern er nicht befürchten muß, das Kind dadurch in Gefahr zu bringen. Hiernach ist zu beurteilen, inwiefern Einwirkung des Vaters auf die religiöse und politische Erziehung etwa zum Einschreiten Anlaß bieten kann; unrichtig ist die Ansicht, daß die Maßnahmen nach dieser Richtung überhaupt nicht zur Anwendung des § 1666 führen können. S. JDR. **3** zu § 1666 I 2. **b**) BayObLG. **7** 183, R. **06** 564 (BayObLG.). Fordert der Vater aus Eigennutz oder Halsstarrigkeit von dem Kinde, daß dieses einen Dienst verläßt und einen anderen annimmt, so ist Einschreiten nach § 1666 nur zulässig, wenn der Mißbrauch das Wohl des Kindes gefährdet. Will der Vater den Lohn (freies Kindesvermögen) für sich verwenden, so kann nach §§ 1667 ff. eingeschritten werden. **c**) Die JDR. **4** zu § 1666 I 2b mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch OLG. **12** 210. **d**) Die JDR. **4** zu § 1666 I 2e mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch OLG. **12** 331, SchlHolstAnz. **06** 216, KGJ. **31** A 35, PrVolksschulA. **5** 321, PucheltsZ. **06** 536 ff.

2. WürttZ. **06** 233 (Stuttgart). Bei Feststellung einer Vernachlässigung entscheidet nicht der Maßstab höchster Anforderung der Sittlichkeit, vielmehr sind die in den verschiedenen Bevölkerungskreisen tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen und sittlichen Zustände zu berücksichtigen. Doch darf bei Zigeunerkindern nicht ohne weiteres der den Sitten und Gewohnheiten fahrender Leute entsprechende Maßstab angelegt werden. Es steht namentlich nicht im freien Belieben der Eltern, ihre Kinder ohne ordnungsmäßigen Schulunterricht aufwachsen zu lassen, wie dies durch die Schulgesetze als mit dem geistigen Wohle unvereinbar anerkannt ist. Die Gepflogenheit des Umherziehens entschuldigt die Eltern nicht wegen der unter Außerachtlassung bestehender Gesetze erfolgten Versäumnis, für den Schulunterricht Sorge zu tragen. Es ist Aufgabe des Vormundschaftsgerichts in einem Falle, in dem die Schulbehörde ohne Zuhilfenahme der vormundschaftsgerichtlichen Gewalt nicht wirksam eingreifen kann, einzuschreiten.

3. Verschulden als Voraussetzung. v. Blume Note I zu § 1666 II 1b β. Im § 1666 ist nicht das Verschuldungsprinzip zur Geltung gebracht. Im Mißbrauch ist der Begriff „Verschulden nicht enthalten"; auch Vernachlässigung und ehrloses und unsittliches Verhalten stellen ein Verschulden im Sinne der herrschenden Lehre nicht notwendig dar. Es handelt sich nicht um Bestrafung des Vaters, sondern um Schutz des Kindes; aA. die herrschende Meinung. (S. JDR. **1** zu § 1666 Ziff. 2d und **2** I Ziff. 3b.) Mißbrauch ist ebenso wie Pflichtwidrigkeit objektiv zu nehmen. „Vernachlässigung" deckt sich

mit „Verschulden" insofern, als letzteres richtiger Ansicht nach ein, abstrakt betrachtet, unrichtiges Verhalten bezeichnet. Das Einschreiten kann dadurch nicht gehindert werden, daß der Vater sich zur Zeit des Mißbrauchs oder der Vernachlässigung im Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. S. JDR. 4 zu § 1666 I 4.

4. Verhalten der Mutter als Grund zu Maßregeln gegen den Vater. BayObLG., R. 06 1263 Steht dem Vater das Erziehungsrecht zu, so kann schuldhaftes Verhalten der Mutter nur dann Maßregeln aus § 1666 rechtfertigen, wenn der Vater es unterläßt, dem verderblichen Einflusse der Mutter auf die sittliche Entwickelung der Kinder entgegenzuwirken und überhaupt zur Abwendung der aus dem Verhalten der Mutter drohenden Nachteile einzugreifen. S. JDR. 3 zu § 1666 I 5.

II. Gerichtliches Einschreiten. 1. Pflegerbestellung. Die JDR. 4 zu § 1666 II 1a mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch SeuffA. 61 103, BayRpflZ. 05 178.

2. Einschreiten von Amts wegen. OLG. 12 204 (KG.). Das Vormundschaftsgericht, das Kenntnis von der drohenden Gefährdung eines Kindes durch schuldhaftes Verhalten des elterlichen Gewalthabers erhält, hat von Amts wegen Ermittelungen anzustellen und ohne Rücksicht auf Anträge einzuschreiten. Wird das Beschwerdegericht auf Grund einer Beschwerde mit der Sache befaßt, so hat es die gleiche Obliegenheit, es hat nachzuprüfen, ob nach irgendeiner Richtung hin ein Einschreiten durch das Kindesinteresse geboten ist. Das angerufene Gericht der weiteren Beschwerde darf zwar den Beschluß nur wegen Gesetzesverletzung aufheben, in diesem Falle ihn aber auch dann beseitigen, wenn die Beschwerde nur nach einer bestimmten Richtung geht, jedenfalls wenn es sich um eine einheitlich zu treffende Entscheidung handelt und diese Einheitlichkeit verkannt und nur über einen Punkt entschieden war.

3. Vorläufige Anordnung. Josef, HoldheimsMSchr. 06 199. Als nach § 1666 erforderliche Maßregel kann das Vormundschaftsgericht zunächst die vorläufige Anordnung treffen, daß das Kind bis zur endgültigen Entscheidung über die Entziehung des Erziehungsrechts in fremder Pflege bleibe, während es die einschneidendere Maßregel — endgültige Entziehung des Erziehungsrechts — bis nach weiterer Feststellung des Sachverhältnisses vorbehält; die einstweilige Anordnung stützt sich auf die materiell-rechtliche Vorschrift des § 1666. S. JDR. 4 zu § 1666 II 2.

III. Unterbringung in Familien und Anstalten. 1. Verhältnis zur landesgesetzlichen Fürsorgeerziehung und Armenpflege. (S. JDR. 4 zu § 1666 III 3, 4.) **a)** Bezirksausschuß Lüneburg, PrVerwBl. 27 839, PrVolksschulA. 5 342, tritt der Ansicht des KG. über die Subsidiarität der Fürsorgeentziehung entgegen. Das FürsErzG. v. 2. 7. 00 lehnt sich eng an § 1666 an und ist zu dessen Ausführung bestimmt. Es soll nur deshalb die Anwendung der FürsErz. auf den äußersten Notfall beschränkt werden, weil ihre Anordnung die Familienbande zerreißt. Dieser Erfolg tritt aber in gleicher Weise bei der bloßen Trennung nach § 1666 wie bei der FürsErz. ein. Das FürsErzG. will vorbeugen, deshalb ist die Beschränkung der Anwendung auf subjektiv verwahrloste Kinder unhaltbar. Das FürsErzG. v. 2. 7. 00 will auch zweifellos die Armenlasten der Gemeinden erleichtern. Der Standpunkt des KG. bürdet dem Ortsarmenverband aber Lasten auf, die das Gesetz ausdrücklich den im § 14 aufgeführten Kommunalverbänden zugewiesen hat. Die Sorge für eine geeignete Erziehung ist in Preußen nicht Sache der Armenverbände, sondern nur Obdach, notdürftiger Unterhalt, Krankenpflege. Der Bezirksausschuß lehnte deshalb die infolge der Trennungsanordnung nach § 1666 erforderliche Armenunterstützung,

insbesondere Unterbringung, ab. **b**) KGJ. 32 A 66 (KG.). Die Trennungsanordnung des Vormundschaftsgerichts begründet die Unterstützungspflicht des Ortsarmenverbandes bei Hilfsbedürftigkeit des Kindes. Die Art und Weise der Gewährung bestimmt der Ortsarmenverband nach pflichtmäßigem Ermessen; er darf nur nicht eine Familie oder Anstalt wählen, in denen das Kind schädigenden Einwirkungen auf sein geistiges und leibliches Wohl ausgesetzt ist, und kann dadurch in die Lage kommen, das Kind auswärts unterbringen zu müssen; es ist aber nicht seine Aufgabe, das Kind vor solchen Schädigungen zu schützen, die nicht von der Pflegestelle, sondern von anderer Seite, etwa den Eltern, ausgehen.

2. Ermel, DJZ. **06** 701 ff., spricht sich de lege ferenda für Aufstellung einer gesetzlichen Vermutung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1666 bei unehelichen Kindern und Unterbringung derselben in staatliche Säuglings- und Erziehungsheime unter Generalvormundschaft des Kreislandrates oder städtischen Polizeidirektors aus.

3. **a**) v. Blume Note zu § 1666. Die Kosten treffen das Kindesvermögen, sofern nicht die landesrechtlichen Gerichtskostenvorschriften abweichen; Ersatzpflicht des Vaters nach § 1664 vorbehalten. **b**) Planck Note 9 zu § 1666. Die Kosten trägt der Vater als schuldiger Teil. S. JDR. **3** zu § 1666 III 4.

IV. Abs. 2. 1. **a**) v. Blume IV zu § 1666. § 1666 Abs. 2 kann auch in Betracht kommen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vorliegen. „Auch" bedeutet nur, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung neben den Maßregeln des Abs. 1 zulässig ist, nicht, daß sie nur neben diesen zulässig ist. **b**) Planck (3) Note 2 zu § 1666. Die Verletzung der Unterhaltspflicht allein genügt niemals zur Entziehung der Verwaltung, es müssen vielmehr erhebliche Unterhaltsgefährdung für die Zukunft und die Voraussetzungen des Abs. 1 hinzutreten; die Vernachlässigung muß in der Unterhaltspflichtverletzung bestehen, also Verschulden des Vaters.

2. v. Blume III 2 zu § 1666. § 1666 bezweckt nur Kindesschutz; Entziehung der Verwaltung reicht wegen § 1656 dazu aus. Entziehung der Nutznießung daneben ist überflüssig, für sich allein ungeeignet. Bei richtiger Anwendung des § 1666 wird daher das Gericht niemals in die Lage kommen, die Nutznießung zu entziehen.

3. Weegmann, WürttZ. **05** 362. Das Vormundschaftsgericht ist vermöge sinngemäßer Anwendung des § 1666 Abs. 2 zuständig hinsichtlich der Entziehung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts, an dem der statutarischen Nutznießung nach württ. Recht unterliegenden Vermögen der minderjährigen Kinder, während für volljährige Kinder nur der Rechtsweg offen steht; die Voraussetzungen bestimmen sich nach altem Rechte.

V. R. **06** 118 (KG.). Durch die Bestimmung der Art der Unterhaltsgewährung nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 darf das Vormundschaftsgericht in das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur eingreifen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen.

VI. Fischer-Henle Note 3 zu § 1666. § 1666 nicht anwendbar gegen die Mutter, die nur vorübergehend den Vater vertritt (§ 1685).

§ 1667. **a**) Gimmerthal, ABürgR. **29** 298, spricht sich im Gegensatze zu RG. (JDR. **3** zu § 1640) gegen die Zulassung von Ordnungsstrafen gegenüber dem Vater, insbesondere zur Erzwingung der Inventarerrichtung aus. **b**) OLG. **12** 328 (KG.). Die §§ 1667, 1668, 1670 sind in Ansehung des Vermögens, an dem dem Vater die Leibzucht nach nassauischem Rechte zusteht, unanwendbar. Das Recht der Kinder als Eigentumserben, Anspruch auf Herausgabe des Vermögens nach Beendigung der Leibzucht, besteht während der Dauer der Leibzucht hauptsächlich in der Notwendigkeit der Zustimmung zu Verfügungen

über Immobilien und in dem Anspruch auf Sicherheitsleistung oder Entziehung der Leibzucht bei pflichtwidriger Verwaltung und unterliegt allerdings der Verwaltung des Leibzüchters nicht als solchen, sondern als des Inhabers der elterlichen Gewalt, unbeschadet der Pflegerbestellung. Eine Gefährdung dieses Rechtes durch Verletzung der mit der Verwaltung des elterlichen Gewalthabers verbundenen Pflichten oder durch Vermögensverfall steht aber nicht in Frage, sondern das beleibzüchtete Vermögen selbst erscheint durch Verletzung der dem Leibzüchter als solchen obliegenden Pflichten oder durch dessen Vermögensverfall gefährdet. Durch Entziehung der elterlichen Vermögensverwaltung wird die Verwaltung des Leibzüchters nicht beseitigt. Deshalb kommt lediglich der im Prozeßwege verfolgbare Anspruch auf Sicherheitsleistung oder Leibzuchtsentziehung in Betracht. **c)** KGJ. **32** A 41 (KG.). Die Anordnung, daß der Vater zu seiner Vernehmung auf dem Gerichte zu erscheinen habe, ist keine Maßregel zur Abwendung der Gefahr aus § 1667, sondern dient nur zur Feststellung, ob und welche Maßregeln erforderlich sind. Eine derartige Anordnung kann nicht aus § 1667, sondern nur aus § 12 FürsErzG. gerechtfertigt werden. Das Ermittelungsrecht aus § 12 FürsErzG. ist dem Gericht aber nur gegeben, soweit die Ermittelungen zur Vorbereitung einer in der Zuständigkeit des Gerichts liegenden Entscheidung dienen sollen und können. Schuldet der Vater dem Kinde Zinsen, ohne daß ihm die Nutznießung zusteht, so verletzt er durch Nichtzahlung nur die ihm als Schuldner, nicht die ihm als Verwalter des Kindesvermögens obliegenden Pflichten; die Nichtzahlung gefährdet auch nicht das Kindesvermögen, wenn der Vater zahlungsfähig und die Forderung hypothekarisch gesichert ist. Deshalb ist eine Anordnung aus § 1667 gegen den Vater ausgeschlossen, damit aber auch die Anstellung von Ermittelungen zur Vorbereitung einer solchen Entscheidung und die Vorladung des Vaters unter Androhung von Ordnungsstrafen. S. JDR. **3** zu 1667 Ziff. 2c.

§ 1669. 1. Beschränkung auf Vermögen, das der elternrechtlichen Verwaltung unterliegt. RJA. **7** 6, R. **06** 641, ZBlFG. **7** 62, KGJ. **31** A 22 (KG.). Die Verpflichtungen des § 1669 liegen dem sich wiederverheiratenden Gewalthaber nicht ob hinsichtlich eines seiner Verwaltung nicht unterworfenen Vermögens. Hat der verstorbene Vater die Verwaltung des hinterlassenen Vermögens Testamentsvollstreckern unter Ausschluß der Mutter von der Verwaltung der Kindererbteile übertragen und führen die Testamentsvollstrecker auch tatsächlich die Verwaltung, so braucht die sich wiederverheiratende Mutter jenes Vermögen weder zu inventarisieren noch auseinanderzusetzen. S. JDR. **2** zu § 1669.

2. Haushaltsgegenstände. v. Blume Note 3b zu § 1669. Haushaltsgegenstände sind einzeln aufzuführen. S. JDR. **3** zu § 1669 Ziff. 1.

3. v. Blume Note 3b zu § 1669. Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit kann nicht verlangt werden, auch nicht auf Grund besonderer Anordnung des Vormundschaftsgerichts. S. JDR. **1** zu § 1669 II 1b.

4. Pflegerbestellung. **a)** Ahsbahs, ZBlFG. **7** 353 ff. Im Falle des § 1669 ist nicht stets ein Pfleger zu bestellen. Es kann aber ein „Prüfungspfleger" bestellt werden, ebenso wie in dem Verfahren nach § 1666 (s. JDR. **4** zu § 1666 II 1a), auch wenn kein Verhinderungsfall des § 1909 vorliegt; das BGB. hat die Pflegschaftsfälle nicht limitativ, sondern exemplifikativ geregelt. **b)** Planck (3) zu § 1669 Ziff. 7. Die §§ 2044, 2045 gehen als Sondervorschriften dem § 1669 vor; zu einer Vereinbarung bedarf es der Pflegerbestellung. AM. KG., JDR. **1** zu § 1666 II 3a und Blume Note 6 zu § 1669.

§ 1670. **a)** BadRpr. **06** 281 (LG. Karlsruhe). Das Gesetz will die äußerste Maßregel, die Entziehung der Vermögensverwaltung, nur dann eintreten lassen, wenn alle anderen Mittel zur Erreichung des erstrebten Zweckes — Er-

haltung des Kindesvermögens — versagen. Wesentlich ist, daß zweifelsfrei dieses Versagen feststeht; diese Feststellung braucht aber nicht durch beschlußmäßiges Verlangen der Sicherheitsleistung und Nichtbefolgung dieser Anordnung, also gewissermaßen sakrosankt getroffen zu werden. Steht von vornherein das Unvermögen des Gewalthabers zur Sicherheitsleistung fest, z. B. durch eigene Erklärung desselben, so wäre die Anordnung der Sicherheitsleistung inhaltlose Form und nicht im Sinne des Gesetzes, da oft Eile geboten ist. **b**) HessRspr. 7 3 (LG. Gießen). Daraus, daß im Eingang des § 1670 die Zulässigkeit der Entziehung der Vermögensverwaltung als Folge der Nichterfüllung der nach §§ 1667 u. 1668 erlassenen Anordnungen ausgesprochen und dabei der Möglichkeit anderer Folgen des Ungehorsams nicht gedacht ist, folgt, daß im ersten Satze des § 1670 der leitende Grundsatz ausgesprochen werden sollte. In Satz 2 des § 1670 sollte die Sicherheitsleistung als eine lex imperfecta, als ein Gebot bezeichnet werden, dessen Befolgung auch nach der Verwaltungsentziehung nicht, auch nicht im Klagewege erzwungen werden darf. Während des Bestehens der väterlichen Vermögensverwaltung kann deshalb eine Pflegschaft zum Zwecke der Erzwingung der Inventarerrichtung und Rechenschaftsablegung, weil mit dem Wesen des Rechtes der väterlichen Vermögensverwaltung im Widerspruch stehend, nicht angeordnet werden.

§ 1673. **a**) Die IDR. **4** zu § 1673 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch BayObLG. **6** 623, SeuffBl. **06** 360. **b**) BayObLG. **6** 702, DIZ. **06** 715, R. **06** 54, SeuffBl. **06** 480. Die Verletzung der Ordnungsvorschrift, daß der Vater bzw. Verwandte zu hören sind, begründet weitere Beschwerde, wenn angenommen werden kann, daß die angefochtene Entscheidung auf der Verletzung beruht. Eine solche Maßnahme aus § 1673 ist die Verweigerung der gemäß § 1631 Abs. 1 Satz 2 begehrten Unterstützung, wenn sie wegen Mißbrauchs des Sorgerechts verweigert wird, damit das Kind entgegen dem Willen des Vaters in einem von ihm gewählten Dienstverhältnis bleiben kann. S. IDR. **3** zu § 1673. **c**) BayObLG. **7** 113, R. **06** 445, PucheltsZ. **06** 649 ff. (BayObLG.). Zur Anhörung des sorgeberechtigten Elternteils genügt es, daß diesem Gelegenheit zum Vorbringen dessen, was im dienlich erscheint, gegeben wird; Mitteilung der einzelnen Tatsachen, über welche Ermittelungen stattfinden, und der Ergebnisse der Ermittelungen ist nicht erforderlich; es ist seine Sache, die Akten einzusehen, einer Aufforderung hierzu bedarf es nicht. S. IDR. **4** zu § 1673. **d**) **KG.** ZBlFG. 7 29 ff., PucheltsZ. **06** 652 ff., BayObLG. **7** 118 (BayObLG.). Das Beschwerdegericht genügt der Vorschrift des § 1673, wenn es dem Gegner die Beschwerdeschrift mitteilt und Gelegenheit zur Äußerung gibt, sowie Verwandte hört. Bekanntmachung des Beweisbeschlusses und Zuziehung zur Beweisaufnahme ist nicht geboten, §§ 397, 357 ZPO. sind als Ausfluß des Parteibetriebs und der Verhandlungsmaxime nicht anwendbar, die Zuziehung der Beteiligten unterliegt vielmehr dem pflichtmäßigem Ermessen des Gerichts. **e**) Die IDR. **4** zu § 1673 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffBl. **06** 360 u. BayObLG. **6** 623.

§ 1677. (S. zu § 1685.) 1. OLG. **12** 329 (KG.). Nur objektive Hindernisse (Krankheit, Abwesenheit ꝛc.) kommen in Betracht; daß der Vater infolge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens als subjektiv ungeeignet erscheint, ist kein Hindernis im Sinne des § 1677.

2. BayObLG. **6** 517. § 1677 Abs. 2 setzt, wie sich aus § 51 Abs. 2 FGG. ergibt, voraus, daß der Vater noch lebt. Ist er während des Ruhens seiner elterlichen Gewalt gestorben, so liegt ein Fall des § 1882 nicht vor, vielmehr bleibt die wegen des Ruhens der Gewalt nach § 1773 eingeleitete Vormundschaft bestehen.

§ 1680. 1. An dem Kinde verübte Straftat. **a)** v. Blume Note 2a zu § 1680. Die Verurteilung muß wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen die Person des Kindes erfolgt sein. **b)** Fischer-Henle Note 2 zu § 1680. Das Kind muß sog. notwendiger Teilnehmer der Straftat sein. S. JDR. **1** zu § 1680 Ziff. 1a u. **3** zu § 1680.

2. Höhe der Strafe. v. Blume Note 2b zu § 1669. Bei Verurteilung wegen mehrerer am Kinde verübter Straftaten muß eine Einzelstrafe 6 Monate erreichen. S. JDR. **1** zu § 1680 Ziff. 1c.

3. *Neumeyer, ZStW. **27** 37 ff. Verurteilung im Ausland ist gleichwertig, sofern wegen der abgeurteilten Handlung auch nach deutschem Rechte auf das vorausgesetzte Strafmaß hätte erkannt werden können. Vgl. auch unter **EGBGB.** Art. 19.

4. Elternrechte, die trotz Verwirkung fortbestehen. Blume Note 5 zu § 1680. Zu den eigennützigen Elternrechten, die trotz der Verwirkung erhalten bleiben, gehört das Recht auf persönlichen Verkehr. S. JDR. **3** zu § 1680.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1684. 1. v. Blume Vorb. 4 vor § 1684. Verschiedene Arten und Formen der elterlichen Gewalt sind nicht zu unterscheiden, wohl aber verschiedene Zustände ihrer Wirksamkeit, verschiedene Gestaltung der Ausübung.

2. Gewalt der Mutter im Falle der Todeserklärung des Vaters. Planck (3) Note 2 zu § 1684. Die Mutter erlangt die Gewalt mit dem Zeitpunkt, der als solcher des Todes gilt; die Handlungen des Pflegers aus der Zwischenzeit sind unwirksam. AA. v. Blume Note 2. Der Pfleger behält nach § 1893 Vertretungsmacht bis zur Todeserklärung.

3. Gewalt der Mutter im Falle der Verwirkung der Gewalt des Vaters. **a)** v. Blume Note 1 zu § 1684. Dem Falle der Verwirkung steht die Entziehung der Ausübung der elterlichen Gewalt gleich. **b)** Francke, ACivPr. **98** 446. § 1684 Nr. 2 (ebenso §§ 1685 Abs. 2, 1635, 1636) findet Anwendung auch im Falle der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, da nach § 1586 die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten und Scheidung nur eine Art der Eheauflösung ist. S. JDR. **1** zu § 1684 Ziff. 2b und **2** zu § 1684 Ziff. 1.

4. **a)** OLG. **12** 318 (Hamburg). Ist der Vater ohne Verlust des Anfechtungsrechtes gestorben, so hat die Mutter kein Recht auf Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes schlechthin, vielmehr kann sie nur die Unehelichkeit geltend machen, soweit sie ein verfolgbares rechtliches Interesse hat, entweder durch Feststellungsklage bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 256, 280 ZPO. oder inzidenter bei Verfolgung eines von der Unehelichkeit abhängigen Anspruchs (§ 1709 Abs. 2). S. JDR. **1** zu § 1684 Ziff. 3b. **b)** KG., OLG. **12** 298, RheinARV. **24** 8, schließt sich der Ansicht des RG. (JDR. **4** zu § 1684c) an, daß die Ehe mit dem als Todestag festgestellten Zeitpunkt als aufgelöst gilt, später empfangene Kinder also nicht als eheliche anzusehen sind. Die JDR. **4** zu § 1684c mitgeteilte Entscheidung findet sich auch SchlHolstAnz. **06** 107, SeuffA. **61** 100.

§ 1685. 1. KGJ. **31** A 53 (KG.). Der Begriff der tatsächlichen Verhinderung ist im § 1685 Abs. 1 derselbe wie im § 1677, nur daß dort nicht wie hier Verhinderung auf längere Zeit vorausgesetzt wird. — Die Anwendbarkeit des § 1685 Abs. 1 wird deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, daß das obwaltende Hindernis die Vornahme gewisser Ausübungshandlungen der elterlichen Gewalt, wie z. B. Einlegung einer Beschwerde seitens des in Haft befindlichen Vaters nicht hemmt, wenn das Hindernis nur der Ausübung der

Gewalt in ihrer Totalität entgegensteht. Ein Vater, der eine mehrmonatige Gefängnisstrafe verbüßt, kann Vermögensverwaltung und Personensorge in ihrer Gesamtheit nicht erfüllen; die elterliche Gewalt wird daher von der Mutter ausgeübt, auch betreffs solcher Handlungen, die vorzunehmen der Vater nicht behindert ist. S. IDR. **4** zu § 1885 zu a.

2. Die IDR. **4** zu § 1685 zu c mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch SchlHolstAnz. **06** 229.

3. Übertragung der elterlichen Gewalt. **a**) ZBlFG. **6** 764 (LG. München I). § 1685 Abs. 2 findet nur Anwendung, wenn es nach menschlichem Ermessen sicher ist, daß der Grund des Ruhens der Gewalt nicht mehr wegfallen werde (z. B. Freiheitsstrafe des Vaters über die Restzeit der Minderjährigkeit hinaus). **b**) Heinrici, DJZ. **06** 1086 (§ 1685 Abs. 2 BGB.). Die Ehefrau hat keinen Anspruch auf Übertragung der elterlichen Gewalt, wenn sie wieder verheiratet ist, z. B. wenn das Ruhen der Gewalt des Vaters erst nach Wiederverheiratung der geschiedenen Mutter eintritt. § 1695 ist wegen Gleichheit des Grundes entsprechend anzuwenden. S. IDR. **1** zu § 1685 Ziff. 3.

§ 1687. 1. Prüfungspflicht Dritter, die mit der Mutter kontrahieren. Planck Note 7 zu § 1687. Wer mit der Mutter als Gewalthaberin kontrahiert, muß auf eigene Gefahr prüfen, ob ein Beistand bestellt ist. Der Nachweis der Nichtbestellung ist durch öffentliche Urkunde kaum zu erbringen. Für den Grundbuchverkehr dürfte ein Zeugnis des für den Wohnort zuständigen Gerichts genügen.

2. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. **a**) RJA. **6** 246, ZBlFG. **6** 736, R. **06** 521, KGJ. **31** A 370, MecklZ. **24** 224 (Rostock). Eine allgemeine Vermutung spricht weder für die Unbeschränktheit der Gewalt der Mutter noch für die Bestellung eines Beistandes. Der Grundbuchrichter hat vielmehr bei Prüfung der Vertretungsmacht der Mutter unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles nach verständigem Ermessen zu entscheiden, ob Grund zu der Annahme vorliegt, daß ihr ein Beistand bestellt sei oder nicht. Der Nachweis der Nichtbestellung ist keine Voraussetzung der Eintragung im Sinne des § 29 Satz 2 GBO. und nicht nur durch öffentliche Urkunden zu erbringen. S. IDR. **1** zu § 1687 Ziff. 6. Vgl. auch Meikel, ZBlFG. **7** 460 ff. **b**) OLG. **12** 340 (KG.). Der Grundbuchrichter hat die Vertretungsmacht der Mutter und daher auch zu prüfen, ob ein Beistand bestellt ist. Eine Vermutung besteht weder dafür noch dagegen. Entscheidend ist, ob nach Lage des Falles nach verständigem Ermessen Grund zu der Annahme vorliegt, daß ein Beistand bestellt ist. Der Richter kann selbst Auskunft einholen, aber auch von den Beteiligten Auskunft verlangen (KGJ. **25** A 310).

§ 1690. **a**) v. Blume Note 4 § 1690. Gegenüber der Mutter ist eine allgemeine Ermächtigung zu genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften, die in den Wirkungskreis des Beistandes fallen, auch dann nicht zulässig, wenn die Genehmigung gemäß § 1643 zu erfolgen hat. AM. Planck (3) zu § 1690 Ziff. 5. **b**) PosMschr. **06** 42 (LG. Graudenz). Der Beistand hat die von der Mutter als Gewalthaberin beabsichtigte Grundstücksveräußerung nicht zu genehmigen, er ist nur vor der obervormundschaftlichen Genehmigung zu hören. Der den Vertrag aufnehmende Notar hat eine Erklärung des Beistandes nicht herbeizuführen, da seine Zustimmung nicht erforderlich ist. Das Vormundschaftsgericht kann auch gegen den Willen des Beistandes genehmigen. Es soll ihn nur hören; wie dies geschieht, unterliegt dem gerichtlichen Ermessen; die bloß zustimmende Erklärung wird ihm vielfach nicht genügen, vielmehr eine eingehende Anhörung des Beistandes am Platze sein.

§ 1692. Gimmerthal, ABürgR. 29 303. Nach § 1692 Abs. 2 soll, wenn die Voraussetzungen des § 1667 vorliegen, der ganze Abs. 2 des § 1640 keine Anwendung finden, amtliche Inventaraufnahme also ausgeschlossen sein. AA. Planck (3) Note 3 zu § 1692 und v. Blume Note 4 zu § 1692, welche die amtliche Inventaraufnahme im Falle der Beistandsbestellung auch für das nach § 1667 zu errichtende Verzeichnis zulassen.

§ 1693. **a**) v. Blume Note 2 zu § 1693 und Note 3 zu § 1695. Dem Antrag der Mutter ist zu entsprechen, sie hat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die Befreiung von der Vermögensverwaltung; es ist die Übertragung nicht auf den Fall beschränkt, daß sie im Interesse des Kindes liegt. — Aus § 1695 in Verbindung mit § 1693 ist das Recht der Mutter abzuleiten, die Abnahme wie die Zurückgabe der Verwaltung zu verlangen. **b**) v. Blume Note 2 zu § 1693 hält eine besondere Bestellung des Beistands zum Vermögensverwalter für erforderlich. S. JDR. **1** zu § 1690 Ziff. 1. **c**) v. Blume Note 3 zu § 1693. Bestellung eines Gegenvormundes ist zulässig. AA. Planck (3) zu § 1693 Ziff. 2d. S. JDR. **3** zu § 1693. **d**) Planck (3) zu § 1693 Ziff. 4. Die Übertragung der Vermögensverwaltung endigt nicht, wenn in der Person der Mutter ein Grund eintritt, welcher nur die Vermögensverwaltung beendet im Gegensatz zur Beendigung oder dem Ruhen der Gewalt. AA. Blume Note 4c zu § 1693. S. JDR. **1** zu § 1693 Ziff. 4.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

Literatur: Philler, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem BGB. Berlin 1906.

§ 1699. *Philler. Der Grundsatz der ehelichen Geltung der Kinder aus nichtigen Ehen ist keine Rechtsvermutung, sondern Fiktion. — Der auf die Rechtsstellung dieser Kinder wieder zugelassene gemeinrechtliche Einfluß der Nichtigkeitskenntnis seitens der Eltern gibt dem BGB. nicht gemeinrechtliche Grundlage (Planck). Im Gegensatze zu der gemeinrechtlichen grundsätzlichen Unehelichkeit mit der die Kinder gleichwohl noch belastenden Ausnahme steht das BGB. auf der preußisch-rechtlichen grundsätzlichen Ehelichkeit.

§ 1701. *Philler. Ein mit dem Nutzungsrecht ipso jure gleichzeitiger Übergang der Einrede der Vorhaftung (§ 1606 Abs. 2) auf den bösgläubigen Vater ist, mangels einer ausdrücklichen Zulassung dieses Rechtes, mit dem Grundsatze der völligen Entziehung sämtlicher Vaterrechte und der bleibenden Belastung mit den bisherigen Pflichten, folglich mit der Absicht des Gesetzes unvereinbar. Das Zutrittsrecht des bösgläubigen Vaters ist begrifflich in den ihm verbleibenden Pflichten nicht enthalten, daher zu verneinen. — Der Schutz Dritter gegen Handlungen des bösgläubigen Vaters folgt auf Grund von § 1344 aus ihrer tatsächlichen Vornahme. — Die Beendigung der mütterlichen Gewalt hat Vormundschaft zur Folge, denn ein Zurückfallen ohne weiteres kann an den zu dieser dauernd unfähigen Vater nicht stattfinden.

§ 1702. *Philler. Die bösgläubige Mutter verliert das Recht der elterlichen Gewalt als solches, von den ihr grundsätzlich verbleibenden Mutterschaftsrechten nur die ausdrücklich entzogenen, und nur gegen die Person des Kindes. Infolge Ruhens der Gewalt des Vaters aus anderen als den Gründen des Abs. 3 tritt Pflegschaft ein, da für eine Vormundschaft die Voraussetzung, Beendigung der elterlichen Gewalt, fehlt. Ihr Übergang nach § 1685 Abs. 2 einschließlich des Nutzungsrechts auf die Mutter widerspricht dem Grundsatze des § 1635. Durch §§ 1780, 1781, 1782 von der Vormundschaft nicht ausgeschlossen, besitzt die Mutter dennoch nicht die Voraussetzung ihrer Bestellung für ihr minderjähriges Kind, die Vormundsfähigkeit, da der Grund der Entziehung

der elterlichen Gewalt nicht in der Tatsache liegt, daß der Mann lebt, und weil daher diese grundsätzliche Entziehung eine Ausübung der durch die Vormundschaft bedingten, ihr nicht ausdrücklich zugewiesenen Funktionen der elterlichen Gewalt nicht zuläßt.

§ 1703. *Philler. Sein Wortlaut und die Fiktion der Ehelichkeit nach § 1699 Abs. 1 widersprechen, mangels ausdrücklicher Zulassung, der Ausdehnung der nur in beschränktem Maße bestehen bleibenden ehelichen Geltung auf die durch § 1699 Abs. 2 von der Fiktion ausgeschlossenen, also schlechthin unehelichen Kinder (anders Planck, Knitschky). — Unterhaltsansprüche sind nur im Rahmen des ehelichen Unterhalts begründet. Abgesehen von wirtschaftlichen Mißständen verbietet die beschränkte (hinsichtlich des Unterhalts) eheliche Geltung, welche insoweit die Unehelichkeit ausschließt, ein Wahlrecht zwischen dem unehelichen und ehelichen und ein Mehr gegenüber dem unehelichen Unterhalt. Im übrigen mit dem Vater nicht verwandt, teilen sie Namen und Wohnsitz der Mutter (anders Endemann). — Zum Unterhalt i. w. S. gehört die nicht ausdrücklich hier ausgeschlossene Beerdigungslast des § 1615 Abs. 2: Beweggrund und Zweck der beschränkten ehelichen Geltung reichen, zwecks Abwehr schwerer Unzuträglichkeiten, über den Tod des Kindes hinaus. (AM. Opet.)

§ 1704. *Philler. Für die Kenntnis der Richtigkeit seitens eines Elternteils und für deren Folgen ist die ohne weiteres zu ergänzende Willensfreiheit Voraussetzung. Insofern sagt § 1704 Selbstverständliches.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Grundlegende Fragen sind im Berichtsjahre zu diesem Titel nicht erörtert worden. Die eingehendsten Untersuchungen sind von Kuttner angestellt. Einige bemerkenswerte Entscheidungen sind zu §§ 1706 u. 1708 abgedruckt.

Literatur: Blasig, Erörterungen aus der Praxis zu §§ 1708, 1714, R. **06** 1366. — Hampe, Gehört der außereheliche Vater zu den Unterhaltspflichtigen i. S. des § 361 Ziff. 10 BGB.? DIZ. **06** 1366. — Kuttner, Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, IheringsJ. **50** 412—532. — Töpffer, Gehört der außereheliche Vater zu den Unterhaltspflichtigen i. S. der § 361 Ziff. 10 BGB.? DIZ. **06** 1148.

§ 1706. 1. PosMschr. **06** 43 (LG. Graudenz). Im § 1706 BGB. ist bestimmt, daß die Erklärung über die Namensgebung der zuständigen Behörde gegenüber erfolgt. Damit ist über die Zuständigkeit, die Erklärung zu beurkunden, nichts gesagt. Die Behörde im Sinne des § 1706 ist lediglich diejenige, welche die Erklärung anzunehmen, aufzubewahren und zu bewerten hat. Die Form der Erklärung ist nach § 1706 die öffentliche Beglaubigung, und diese wird nach § 129 BGB. durch die gerichtliche Beurkundung ersetzt. Die gerichtliche Beurkundung liegt nach § 167 FGG. den Amtsgerichten ob. Die Behörde, die nach § 1706 BGB. die Erklärung in Empfang zu nehmen hat, so daß sie nach § 130 Abs. 3 BGB. wirksam wird, ist der landesgesetzlichen Bestimmung überlassen. Das PrAG. bestimmt im § 68 für die in preußischen Standesregistern eingetragenen Geburtsfälle, daß die zur Entgegennahme, d. h. zur Empfangnahme der Erklärung zuständige Behörde der Standesbeamte sein soll und ermächtigt diesen Standesbeamten auf Grund des § 191 FGG., zugleich die Erklärung über die Namensgebung öffentlich zu beglaubigen. (Vgl. Begr. § 67 Entw. AGBGB.) Das Standesamt ist hiernach die allein zuständige Empfangsbehörde für die Erklärung, während die Beurkundung oder öffentliche Beglaubigung der Erklärung auch von jedem Amtsgericht und Notar vorgenommen werden kann.

2. DIZ. **06** 267, BayObLG. **6** 455 (BayObLG.) s. zunächst o. zu § 181 Ziff. II 6. Es bedarf also zur Abgabe der Erklärung der zuständigen Behörde gegenüber nicht der Bestellung eines Pflegers, wenn der Ehemann

der Mutter, der dem Kinde seinen Namen erteilen will, der gesetzliche Vertreter des Kindes ist. — Die Verwaltungsbehörde, die bei dem Vormundschaftsgericht beantragt hat, zur Abgabe der nach § 1706 Abs. 2 Satz 2 erforderlichen Einwilligungserklärung des unehelichen Kindes für dieses einen Pfleger zu bestellen, hat nicht das Recht, gegen den ablehnenden Beschluß des Gerichts Beschwerde einzulegen.

§ 1707. 1. R. **06** 52 (Celle). Das uneheliche Kind hat keinen klagbaren Anspruch gegen die Mutter auf Namhaftmachung seines Erzeugers. (Vgl. JDR. 3 § 1707 Ziff. 1.)

2. Gmelin, WürttZ. **06** 138, teilt eine Entscheidung des OLG. Stuttgart mit, wonach die Mutter das Recht hat, die religiöse Erziehung des Kindes zu bestimmen.

§ 1708. 1. BayObLG., SeuffBl. **06** 607, BayRpflZ. **06** 228. Die Feststellung, daß ein bestimmter Mann als Vater i. S. der §§ 1708—1716 gilt, d. h. daß ihm die dort bezeichneten Verpflichtungen obliegen, ist nicht eine Feststellung der Abstammung des Kindes, sondern beschränkt sich auf den Bereich der Wirkungen der Vaterschaft, die in diesen Verpflichtungen bestehen. Die Tatsachen, auf Grund deren die Feststellung getroffen wird, mögen in sehr vielen Fällen die Schlußfolgerung rechtfertigen, daß das Kind von dem Manne abstammt, der für die in Rede stehenden Verpflichtungen als Vater gilt, aber festgestellt ist nicht mehr, als daß der Mann Träger dieser Verpflichtungen ist, eine nach § 26 PStG. im Geburtsregister zu vermerkende Feststellung der Abstammung des Kindes ist nicht getroffen.

2. Blasig, R. **06** 1366 ff. Die von dem unehelichen Vater abgegebene Erklärung seiner Bereitwilligkeit, dem Kinde von der Geburt bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres einen bestimmten Satz von Unterhaltsgeldern zu zahlen, bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ist vielmehr als einseitige von einer verfügungsfähigen Person abgegebene Erklärung nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. über Geschäftsfähigkeit ohne weiteres wirksam, sofern darin der Wille des Erklärenden, sich endgültig zur Zahlung eines bestimmten Alimentensatzes zu verpflichten, zum Ausdrucke kommt. — Anders liegt die Sache, wenn der Vater des Kindes sein im Anschluß an die Anerkennung der Vaterschaft abgegebenes Unterhaltsversprechen ausdrücklich nur als Offerte an den Vormund bezeichnet oder diese Auffassung seiner Erklärung durch die ausdrückliche Aufnahme eines Vermerks wie „vorbehaltlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung" in die Urkunde zu erkennen gibt. — Damit ist zum Ausdrucke gebracht, daß der Vater nur im Wege einer Vereinbarung mit dem Vormunde seinen gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber dem Kinde nachkommen will. In solchen Fällen hat das Vormundschaftsgericht zunächst eine Erklärung des Vormundes über Annahme oder Ablehnung des Angebots herbeizuführen und dann über die Genehmigung der schließlich zustande gekommenen Vereinbarung sich schlüssig zu machen.

3. Töpffer. Der außereheliche Vater gehört zu den Unterhaltspflichtigen im Sinne des § 361[10] StGB. Ebenso Hampe.

4. Abs. 2. *Kuhlenbeck, ZBlFG. **7** 271 ff. Mit Schultze befürwortet Verf. Zulässigkeit der Pflegschaft auch für Geistesschwache und Geisteskranke aus dem Gesichtspunkte des § 1708.

5. Reinsch, DJZ. **06** 586, empfiehlt, daß die Vormundschaftsrichter mehr wie bisher die Vormünder veranlassen, namentlich gegenüber leistungsfähigen Vätern sich nicht mit den hergebrachten, allzu geringen Unterhaltssätzen zu begnügen und daß die Prozeßrichter nicht etwa die Auskunft von Behörden ent=

scheidend sein lassen, sondern in den geeigneten Fällen die Kosten für den gesamten Lebensbedarf durch Vernehmung von wirklich sachverständigen Personen (z. B. auch unehelichen Müttern) selbst zu ermitteln suchen.

§ 1709. Abs. 2. Vgl. o. § 1684 Ziff. 4a.

§ 1715. 1. **a)** RheinARV. **24** 110 (LG. Cöln). Lohnausfall gehört nicht zu den weiteren Aufwendungen des § 1715 BGB. **b)** RheinARV. **24** 112 verweist auf DJZ. **04** 985. Vgl. JDR. **3** § 1715 Ziff. 2.

2. PosMschr. **06** 169 (LG. Tilsit). Der uneheliche Vater hat auch die Kosten der Beerdigung der an der Entbindung verstorbenen unehelichen Mutter zu tragen.

§ 1717. *Kuttner. Der § 1717 enthält keine erschöpfende Definition der materiellen Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716. Er enthält auch keine echte Gesetzesvermutung für das Bestehen der unehelichen Vaterschaft, weil nicht jeder Beweis des Gegenteils zugelassen ist und die auf Grund des § 1717 festgestellte Vaterschaft nicht nach allen Richtungen, sondern nur in dem beschränkten Bereiche der §§ 1708 bis 1716 als uneheliche Vaterschaft gilt. Im § 1717 wird vielmehr eine bloß mögliche physiologische Abstammung materiell-rechtlich als wirkliche uneheliche Vaterschaft fingiert. Neben dieser fingierten unehelichen Vaterschaft, die nur im Bereiche der §§ 1708—1716 als solche gilt, behält die wirkliche uneheliche Vaterschaft ihre volle Bedeutung. Es können daher auch solche unehelichen Kinder, bei denen die Empfängniszeit länger oder kürzer als die „gesetzliche Empfängniszeit" des § 1717 Abs. 2 dauerte, die Ansprüche aus den §§ 1708 bis 1716 erheben, sofern sie das Bestehen der wirklichen Vaterschaft nachweisen. Unehelicher Vater im Sinne der §§ 1708—1716 ist nicht nur derjenige, der kraft der Fiktion des § 1717 als solcher „gilt", sondern auch derjenige, der es wirklich ist.

§ 1718. 1. *Kuttner. Nur die unbeschränkte Anerkennung der unehelichen Vaterschaft schlechthin enthält, wenn sie wahrheitswidrig erfolgt, eine strafbare „Veränderung des Personenstandes" im Sinne des § 169 StGB. Dagegen liegt diese strafbare Handlung nicht vor, wenn die uneheliche Vaterschaft ausdrücklich nur „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." wahrheitswidrig anerkannt wird.

2. Vgl. SächsV. des Min. d. Inn. FischersZ. **30** 311.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. ZBlFG. **6** 527 (BayObLG.). Die Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe kann nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen, nicht aber im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit festgestellt werden.

§ 1720. 1. *Kuttner. Der § 1720 Abs. 1 enthält keine erschöpfende Begriffsbestimmung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Er enthält auch keine echte Gesetzesvermutung, da nicht jeder Gegenbeweis zugelassen ist. Er enthält vielmehr eine materiell-rechtliche Fiktion, kraft deren für das kleine Gebiet der Legitimation durch nachfolgende Ehe eine bloß mögliche Vaterschaft als wirkliche fingiert wird. Neben dieser Fiktion behält das Bestehen der wirklichen unehelichen Vaterschaft seine Bedeutung gemäß § 1719. Nicht nur wenn die Vaterschaft kraft § 1720 fingiert wird, sondern auch dann, wenn sie wirklich besteht, ist sie eine geeignete Grundlage der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Es sind daher auch solche unehelichen Kinder, die außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit des § 1717 Abs. 2 (anwendbar gemäß § 1720) empfangen wurden, der Legitimation durch nachfolgende Ehe

fähig. Vgl. JDR. 3 Ziff. 2 zu § 1717 und § 451 ZPO. Ziff. I, JDR. 1 Ziff. 1 k zu § 445 ZPO.

2. Streicher, R. 06 791. Der unehelichen Mutter kann nicht im allgemeinen darüber der Eid zugeschoben werden, daß sie in der Empfängniszeit noch mit anderen Männern als mit dem Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt habe. — Zulässig und erheblich dagegen ist der Eid an die Kindesmutter, daß sie zur Zeit der ersten Beischlafsvollziehung mit dem Beklagten bereits mit dem klagenden Kinde schwanger gewesen sei.

II. Ehelichkeitserklärung.

§§ 1723 ff. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 203 ff. „Die Ehelichkeitserkärung" wird systematisch dargestellt, und zwar auch deren Erfordernisse, die Ehelichkeitserklärung selbst, ihre Wirkungen 2c. Auch die geschäftliche und die bureaumäßige Behandlung der Ehelichkeitserklärung in Preußen wird erörtert.

§ 1723. *Kuttner. Die Ehelichkeitserklärung setzt wirkliches Bestehen der Vaterschaft voraus. Rechtsfolgen: Anfechtung gemäß § 1731, wenn der Antragsteller über das wirkliche Bestehen seiner Vaterschaft sich in einem wesentlichen Irrtum befunden hat oder darüber arglistig getäuscht worden ist.

§ 1725. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 206. Das Vaterschaftsanerkenntnis hat rechtserzeugende konstitutive Bedeutung. — Die Vaterschaft kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung anerkannt werden.

§ 1726. Schmitt, BayNotZ. 06 122, teilt eine Verfügung des bay. Justizministeriums betr. die Behandlung der Anträge auf Ehelichkeitserklärung mit.

§ 1727. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 211. Wenn der auf Grund des § 1727 gestellte Antrag des Kindes vom Vormundschaftsgericht abgewiesen wird, so steht dem Kinde und seinem gesetzlichen Vertreter hiergegen die einfache Beschwerde zu (§§ 19, 20 Abs. 2). S. auch § 59 FGG.

§ 1731. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 214 ff. Weder die Erben des Vaters können dessen Antrag auf Ehelichkeitserklärung anfechten, noch die Erben der Mutter des Kindes und der Ehefrau des Vaters deren Einwilligungserklärungen, wenn der Anfechtungsberechtigte selbst gestorben ist, ohne angefochten zu haben. — Anfechtungsgegner ist bei Anfechtung des Antrags auf Ehelichkeitserklärung nur das Kind.

§ 1732. Vgl. Birkenbihl o. Ziff. 1 zu § 1310.

§ 1736. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 243. Die Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung tritt, falls die Ehelichkeitserklärung durch den Reichskanzler erfolgt (§ 1723 Abs. 2) oder, bei anderen Ehelichkeitserklärungen, falls das Landesrecht keine Bestimmungen hierüber enthält, in analoger Anwendung des § 196 FGG. in dem Zeitpunkt ein, in dem sie dem Antragsteller bekannt gemacht worden ist.

§ 1738. *Birkenbihl, Festg. der Frankf. JurGes. 239. Eine Endigung der väterlichen Gewalt kann in bezug auf das für ehelich erklärte Kind eintreten durch Tod oder Todeserklärung des Vaters, Verwirkung der elterlichen Gewalt und Entziehung durch das Vormundschaftsgericht.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Vorbemerkung: Die Abhandlung von Oertel, welche sich mit dem Familiennamen des Kindes beschäftigt, erörtert bei dieser Gelegenheit eine große Reihe der in das Gebiet der Annahme an Kindesstatt gehörigen Fragen. Eine besonders beachtenswerte Entscheidung des RG. ist zu § 1757 zu verzeichnen. Sie behandelt die Frage, ob die leiblichen

Eltern das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde haben. Die Entscheidung ist sehr eingehend referiert, da sie von grundlegender Bedeutung erscheint.

Literatur: Oertel, Der Familienname des Adoptivkindes, ZBlFG. **6** 850.

§ 1741. 1. ZBlFG. **7** 119, KGJ. **32** A 45 (KG.). Zweck und Inhalt eines Adoptionsvertrags ist die Begründung eines Kindes- und Familienverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen und es ist lediglich eine Folge des so geschaffenen Verhältnisses, daß der Adoptierte den Namen und Stand des Adoptivvaters teilt. Es besteht deshalb kein Streit darüber, daß, wenn nach dem Willen der Kontrahenten der Inhalt des Vertrages lediglich in der Namensübertragung, nicht auch in der Erzeugung der übrigen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern bestehen soll, die Einkleidung der Vereinbarung in die äußere Form eines Adoptionsvertrags eine Simulation enthält und als simulierter Vertrag rechtsunwirksam ist. Vgl. JDR. **3** und **2** Ziff. 3 zu § 1741.

2. R. **06** 1198 (Frankfurt). Die Nichtigkeit eines Adoptionsvertrags kann auch noch nach der gerichtlichen Bestätigung geltend gemacht werden.

§ 1757. **RG.** JW. **06** 598, DJZ. **06** 1205. Über die Befugnis der leiblichen Eltern zum persönlichen Verkehr mit deren Kinde trifft das BGB. keine Bestimmung. Gleichwohl würde ein Anspruch der leiblichen Eltern auf solchen Verkehr anzuerkennen sein, indes nur unter der Voraussetzung, daß ein derartiger Anspruch sich aus dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern herleiten ließe und mit der Annahme an Kindesstatt vereinbar wäre. Diese Voraussetzungen treffen indessen nicht zu. Nach dem Rechte, wie es das BGB. gestaltet hat, ist die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit einem Kinde nicht eine Folge der Blutsverwandtschaft schlechthin, d. h. es darf nicht jeder, der mit dem Kinde verwandt ist, das Recht zum persönlichen Verkehr mit demselben in Anspruch nehmen. Auch die Verpflichtung, dem Kinde Unterhalt zu gewähren, bringt das Recht zum persönlichen Verkehr nicht mit sich. Das Verhältnis, aus dem ein solches Recht folgt, ist vielmehr die Sorge für die Person des Kindes, da diese Sorge zufolge § 1631 Abs. 1 das Recht der Erziehung umfaßt. Die Vorschrift des § 1636 über den Verkehr der geschiedenen Eltern mit dem Kinde kann bei der Annahme an Kindesstatt keine Anwendung finden. — Im Falle der Scheidung tritt eine Änderung hinsichtlich des Fürsorgerechts kraft Gesetzes ein, die Annahme an Kindesstatt erfolgt dagegen lediglich auf Grund eines Vertrages, § 1741, der in Ansehung eines Kindes unter einundzwanzig Jahren der Einwilligung der Eltern, oder, wenn das Kind ein uneheliches ist, der Mutter bedarf (§ 1747). Ein noch unmündiges Kind kann mithin ohne den Willen seiner Eltern oder, wenn es unehelich ist, seiner Mutter, nicht an Kindesstatt angenommen werden, und daher ist ein innerer Grund, der dafür sprechen würde, diesen Personen gleichwohl die Befugnis zum persönlichen Verkehr als ein ihnen zustehendes Recht zu lassen, keineswegs in dem Maße wie im Falle der Scheidung anzuerkennen. Wird das berücksichtigt, so gewinnt das Fehlen einer gesetzlichen Anerkennung eines solchen Rechtes eine besondere Bedeutung. Als Folge der Annahme an Kindesstatt wird im § 1765 Abs. 1 BGB. ausgesprochen, daß die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt, mithin auch das hiermit verbundene Fürsorgerecht über das Kind verlieren, ebenso die uneheliche Mutter das ihr zustehende Fürsorgerecht. Freilich werden dadurch die rechtlichen Beziehungen zwischen den leiblichen Eltern und der Person des Kindes nicht endgültig geklärt, denn nach § 1765 Abs. 2 BGB. geht die elterliche Gewalt für die leiblichen Eltern allerdings mit der Annahme an Kindesstatt verloren und kann nicht wieder aufleben, aber das Fürsorgerecht erhalten sie zurück, wenn sie in die Lage kommen, dem Kinde Unterhalt gewähren zu müssen und wenn daneben der Fall eintritt, daß die elterliche Gewalt des Annehmenden endigt oder wegen Geschäftsunfähig-

keit desselben oder nach § 1677 BGB. ruht. Allein diese Möglichkeit, daß das Recht und die Pflicht der leiblichen Eltern für die Person des Kindes zu sorgen, wieder eintritt, kann nicht dazu führen, ihnen während der Zwischenzeit die Befugnis des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zuzusprechen, denn eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung hierüber fehlt, und den § 1636 auf den Fall der Annahme an Kindesstatt anzuwenden, erscheint nicht bloß aus dem schon hervorgehobenen Grunde, daß die leiblichen Eltern in dem letzteren Falle das Fürsorgerecht, wenn es ihnen zustand, freiwillig aufgeben, sondern namentlich deshalb nicht angängig, weil eine solche Anwendung dem Zwecke der Annahme an Kindesstatt zuwiderlaufen würde.

§ 1758. Oertel 850 ff. Die Namensänderung ergreift den Familiennamen des Angenommenen, der ihm im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Annahmevertrags zustand. Ist die angenommene Person eine verheiratete oder verheiratet gewesene Frau, so wird der Familienname, den sie durch die Schließung jener Ehe erlangt hat, durch die Annahme an Kindesstatt nicht berührt; die Änderung trifft den Familiennamen, den sie als Mädchennamen zu führen haben würde. — Die Bestimmungen des § 1758 Abs. 1 haben zwingenden Charakter. Die Auslegung des § 1758 Abs. 2 ist bestritten. Zulässig ist es, im Annahmevertrag den Ausschluß der Hinzufügung des bisherigen Familiennamens festzulegen. Vgl. OLG. 5 417 (Hamburg). Weitere Vereinbarungen irgendwelchen Inhalts in bezug auf die Hinzufügung des Familiennamens des angenommenen Kindes zum neuen Namen sind nach der herrschenden Ansicht unstatthaft. Außer dem gänzlichen Ausschlusse der Namenshinzufügung sind aber noch weitere Fälle denkbar (vgl. 856 ff.). — Der Akt der Namenszufügung bedarf keiner Beurkundung; sie kann auch stillschweigend erfolgen.

§ 1762. Oertel 859. Bezüglich des Namensüberganges auf die Abkömmlinge ist zu unterscheiden, ob sie zur Zeit des Vertragsabschlusses schon vorhanden waren oder nicht. Erfaßt der Adoptionsvertrag nicht auch die schon vorhandenen Abkömmlinge des Angenommenen, so führen sie den Familiennamen weiter, den sie vor der Adoption des Angenommenen zu tragen verpflichtet waren. Ist der Annahmevertrag mit den Abkömmlingen des Angenommenen geschlossen, so haben sie im Zweifel den Namen des Angenommenen zu führen. Es kann auch vereinbart werden, daß der Abkömmling des Adoptivkindes einen anderen Namen führen soll, wie dieses selbst.

§ 1764. KGBl. 06 19 (KG.). Die uneheliche Mutter behält das Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren natürlichen, von einem Dritten adoptierten Kindern. Dieses Recht gehört zu den Rechten des § 1764, welche sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse ergeben.

§ 1772. Oertel 861 ff. Der Namentausch bei Aufhebung der Adoption vollzieht sich kraft Gesetzes.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die rechtliche Stellung des Gegenvormundes hat L. Fuchs in einer Monographie behandelt; er hält Bestellung mehrerer Gegenvormünder für zulässig und spricht sich abgesehen von vormundschaftsgerichtlicher Teilung des Wirkungskreises dafür aus, daß die Aufsichtstätigkeit von jedem einzelnen ausgeübt werden kann, die Mitwirkung in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen aber durch sämtliche Gegenvormünder zu erfolgen hat (mit Ausnahme des § 57 Nr. 7 FGG.); F. behandelt auch das Beschwerderecht gegen Bestellung des Gegenvormundes und Ablehnung der Bestellung. Auch die Beschwerde gegen

die Vormundsbestellung ist wieder mehrfach in Rechtsprechung und Literatur erörtert worden, namentlich die Folge der Nichtbeachtung des § 1779 (s. zu §§ 1776, 1779, 1789).

Literatur: Bernhöft, Das bürgerliche Recht, 4. Bd. Familienrecht. Stuttgart 1906. — Franke, Die gerichtliche Aufhebung ehelicher Gemeinschaft nach deutschem Reichsrecht, ACivPr. **98** 441 ff. — L. Fuchs, Die rechtliche Stellung des Gegenvormundes. Berlin 1906. — Josef, Rechtslehre und Rechtsprechung in der Frage über die Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse auf die Tätigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **6** 545 ff. — Klumker und Spann, Die Bedeutung der Berufsvormundschaft für den Schutz der unehelichen Kinder. Dresden 1905. — Meyer, Die Vormundschaft nach BGB. Karlsruhe 1905. — Nadelhoffer, HirthsAnn. **06** 301 ff. (s. vor § 1626). — Planck (3), Kommentar. — Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Forts.), BuschsZ. **36** 33, 74, 77. — Wreschner, Die Entlassung des Vormundes wegen seines religiösen Bekenntnisses, JW. **06** 321 ff.

§ 1773. Abs. 1. Nadelhoffer, HirthsAnn. **06** 301 f. Für die Staatsangehörigkeit eines Findelkindes entscheidet der Ort der Auffindung; die Notstaatsangehörigkeit wird aber durch die Anerkennung seitens der rechtmäßigen Eltern beendet.

§ 1774. 1. Anordnung. **a)** Die JDR. **4** zu § 1774 Ziff. 1 angeführte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **12** 208. **b)** Unger, BuschsZ. **36** 74 Nr. 177. In dem Ersuchen an den Waisenrat um Vormundsvorschlag liegt eine der Beschwerde zugängliche Entschließung, eine Vormundschaft einzuleiten.

2. Bedeutung der örtlichen Zuständigkeit. **a)** Die JDR. **4** zu § 1774 Ziff. 3 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich OLG. **12** 192, die daselbst angezogene des OLG. Colmar, OLG. **12** 195. **b)** Gegen die JDR. **4** zu § 1774 Ziff. 3 mitgeteilte Entscheidung des KG. vertritt Josef, DNotV. **06** 115, die Ansicht, daß der Erfolg der gegen Handlungen des örtlich unzuständigen Gerichts zulässigen Beschwerde nur die Aufhebung der angefochtenen Verfügung ohne sachliche Prüfung sein könne, wegen Verletzung des Rechtes des Beteiligten, daß die Angelegenheit von der zuständigen Behörde entschieden werde.

§ 1775. Planck (3) Note 3 zu § 1775. Der Vater kann mehrere Vormünder nach §§ 1776, 1777 benennen, hat aber kein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht mehrere Vormünder bestellt. AA. Endemann II § 218. S. JDR. **1** zu § 1775 Ziff. 5.

§ 1776. Josef, ZBlFG. **6** 545 ff. Bei der Vormundsbestellung hat das Vormundschaftsgericht, wenn unter mehreren Beteiligten streitig ist, ob einer durch letztwillige Verfügung oder Gesetz berufen ist, diese Frage (Rechtswirksamkeit der Verfügung, Vorhandensein der Verwandtschaft) selbständig zu entscheiden; die Tatsache der Vormundsbestellung steht der Beschwerde des hierdurch Beeinträchtigten nicht entgegen.

§ 1778. 1. Die JDR. **4** zu § 1778 Ziff. 1 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Dresden findet sich auch OLG. **12** 184.

2. Übergehung. Meyer Note 1 zu § 1778. Die unter Übergehung eines Berufenen erfolgte Vormundsbestellung ist gültig; sie wird jedoch unwirksam werden, sobald der übergangene Berufene mit Erfolg Beschwerde erhoben hat. S. JDR. **3** zu § 1778 Ziff. 2.

3. Mitvormund. Meyer Note 3 zu § 1778. Das Vormundschaftsgericht kann einen Mitvormund gegen den Willen des Berufenen auch dann nicht bestellen, wenn es die Bestellung im Interesse des Mündels für notwendig erachtet.

4. Klumker und Spann 29. Im ganzen ist die häufige Bestellung der unehelichen Mutter als Vormund sehr zu beklagen. Denn die Mutter verletzt in gewissen Fällen fast notgedrungen die Pflichten des Vormundes, z. B. Nicht-

nennung des Vaters oder Unterlassung gerichtlichen Vorgehens gegen ihn aus anderen Gründen. Auch die erzieherische Tüchtigkeit ist geringer.

§ 1779. 1. Die IDR. **4** zu § 1779 Ziff. 1b mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffA. **61** 21, OLG. **12** 209.

2. Religiöses Bekenntnis. **a**) *Wreschner führt IW. **06** 321 ff., „Die Entlassung des Vormundes wegen seines religiösen Bekenntnisses" aus, die Außerachtlassung dieser Vorschrift sei auf die Wirksamkeit der Bestellung des Vormundes ohne Einfluß. Dies ergebe sich, wie mit eingehender Begründung dargelegt wird, aus dem Wortlaut, Zweck und der Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Die entgegenstehende Meinung des KG. (IDR. **4** zu § 1779 Ziff. 2) stehe mit der Ansicht der namhaftesten Kommentatoren des BGB. und früheren Entscheidungen des KG. (s. IDR. **2** zu § 1779 Ziff. 3) in Widerspruch. **b**) BadRpr. **06** 306 (Karlsruhe). Bestehen Zweifel über die Religion des Mündels, so hat das Vormundschaftsgericht diesen Punkt aufzuklären und dann den Vormund unter Berücksichtigung des Bekenntnisses auszuwählen. Für eine Vorentscheidung, daß der Vormund aus einem bestimmten Bekenntnis zu wählen und der Mündel dann in diesem Bekenntnis zu erziehen sei, liegt aber kein Anlaß vor. An diese Vorentscheidung wäre das Gericht selbst bei der Auswahl nicht gebunden. Die Bestimmung über die Religion, in der der Mündel zu erziehen ist, ist aber Sache des Vormundes (Personensorge): das Vormundschaftsgericht als Aufsichtsorgan kann erst einschreiten, wenn der Vormund bei der religiösen Erziehung pflichtwidrig verfährt (§§ 1837, 1800, 1801), hiervon abgesehen nur Maßnahmen nach § 1846 treffen.

3. Berücksichtigung der Verwandten. BadRpr. **06** 194 (Karlsruhe). Unter „nächster Berücksichtigung" ist nur zu verstehen, daß Verwandte und Verschwägerte zunächst in Betracht zu ziehen und, wenn sie sich nach pflichtmäßigem Ermessen zum Vormund ebenso gut als andere Personen eignen, diesen vorzuziehen sind, andernfalls aber keinen Auspruch auf Bestellung haben.

4. Keine Auswahl durch ersuchten Richter. OLG. **12** 184 (Celle). Die Auswahl eines Vormundes kann nicht einem ersuchten Richter überlassen werden. S. IDR. **2** zu § 1779.

5. Beschwerderecht. **a**) **RG.** PosMschr. **06** 155, R. **06** 1439. Selbst wenn man die Vormundsbestellung als eine Verfügung, die eine Entscheidung in einer Angelegenheit der Personensorge enthält, im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. auffassen wollte, so ist doch nur der beschwerdeberechtigt, der die Verfügung im Interesse des Kindes angreifen will und zugleich durch ein eigenes berechtigtes Interesse legitimiert ist. Deshalb ist nicht legitimiert die uneheliche Mutter, die lediglich ein eigenes Recht, das ihr die §§ 1776—78 nicht gewähren, geltend macht, ohne zu behaupten. daß der bestellte Vormund ungeeignet und sie selbst geeigneter sei. **b**) Die IDR. **4** zu § 1779 Ziff. 1b mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffA. **61** 21, OLG. **12** 209. **c**) BayObLG., R. **06** 1204. Die uneheliche Mutter gehört nicht zu den im § 1776 bezeichneten Personen; sie hat also kein Recht auf die Vormundschaft. Die Verpflichtungen aus § 1779 Abs. 2 bestehen nur gegenüber dem Mündel, nicht gegenüber allen anderen, unter welchen die Auswahl zu treffen ist. Die uneheliche Mutter ist daher nicht beschwerdeberechtigt bei Ablehnung ihrer Bestellung als Vormund; wohl aber kann sie das Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. ausüben, um die Angelegenheit der Auswahl und Bestellung eines Vormundes, der sich auch für die die Person des Kindes betreffenden Pflichten eignet, wahrzunehmen (im Interesse des Kindes).

§ 1781. Ziff. 4. *Neumeyer, ZStW. **27** 41. Die Verurteilung muß im Inland erfolgt sein. Vgl. auch EGBGB. Art. 23.

§ 1782. *Fuchs, Rechtliche Stellung des Gegenvormundes 52. Der letztwillig von der Vormundschaft Ausgeschlossene ist auch von der Gegenvormundschaft ausgeschlossen. So auch die herrschende Meinung.

§ 1783. Francke, ACivPr. **98** 449. § 1783 gilt nicht nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß § 1575. S. JDR. **1** zu § 1783 aE.

§ 1786. Bernhöft, Familienrecht 244. Ablehnen kann, wer eine Vormundschaft und eine Gegenvormundschaft oder drei Gegenvormundschaften führt. S. JDR. **2** zu § 1786.

§ 1788. **a**) Planck (3) zu § 1788 Note 2. Mindeststrafe 1 M. (Analogie des § 27 StGB.) S. JDR. **3** zu § 1788. **b**) Planck (3) zu § 1788 Note 4. Ordnungsstrafe ist einziges Zwangsmittel; keine zwangsweise Zuführung zu dem Termin. S. JDR. **1** zu § 1788.

§ 1789. 1. **a**) Planck (3) Note 7 zu § 1779. Die Anwendbarkeit des § 57 Ziff. 9 FGG. führt dazu, daß der zum Vormund Bestellte nicht hätte bestellt werden sollen, die Bestellung also nichtig ist; dies Ergebnis ist aber mit den sonstigen Vorschriften nicht vereinbar (z. B. §§ 1778 Abs. 2, 1790). § 57 Ziff. 9 trifft auch jedenfalls nicht zu, wenn eine zur Vermögensverwaltung ungeeignete Person ausgewählt ist, bei der Sorge für die Person muß es ebenso gehalten werden. Deshalb ist überhaupt nach erfolgter Vormundsbestellung (auch bei Nichtbeachtung des § 1779) nur seine Entlassung nach § 1886 möglich. JDR. **4** zu § 1789 Ziff. 1. **b**) Unger, BuschsZ. **36** 77 Nr. 181. Bei der Aufhebung der Bestellung des Vormundes im Beschwerdewege handelt es sich um eine der Bestellung anhaftende Verfahrensunvollkommenheit, um den formellen Bestand der Bestellungsentschließung, aber nicht um die in den §§ 1885 ff. geregelte spätere Entlassung aus materiell-rechtlichen Gründen.

2. Unger, BuschsZ. **36** 33. Hat die erste Verfügung die Bestellung eines Vormundes aufgehoben, so wird dessen Vormundseigenschaft nicht schon durch den Erlaß der zweiten diese Aufhebung aufhebenden Verfügung, sondern erst durch die in Ausführung dieser zweiten Verfügung erfolgte Neubestellung (§ 1789) wieder hergestellt. [OLG. 5 201 (KG.).]

§ 1792. 1. Mehrere Gegenvormünder. *Fuchs, Rechtliche Stellung des Gegenvormundes. a) (49 ff.) Die Bestellung mehrerer Gegenvormünder ist zulässig. — So die herrschende Meinung. — Es handelt sich hier jedoch keineswegs nur um eine Schulfrage, wie v. Blume (§ 1792 Note 6a) und Dernburg (VO. 147 Anm. 5) annehmen. In der Praxis können sehr wohl Fälle vorkommen, in denen der Vormundschaftsrichter an der Bestellung mehrerer Gegenvormünder ein Interesse hat. Sind mehrere Gegenvormünder bestellt, so hat, wenn es sich nur um die Ausübung einer Aufsichtstätigkeit handelt, jeder Gegenvormund allein tätig zu werden. Kommt dagegen eine Mitwirkung in Betracht, so müssen sämtliche Gegenvormünder handeln. Eine Ausnahme gilt nur im Falle des § 57 Ziff. 7 FGG. Das Vormundschaftsgericht ist berechtigt, unter den Gegenvormündern eine Teilung nach Wirkungskreisen vorzunehmen. (Siehe JDR. **2** zu § 1792 Ziff. 1 aE. u. **1** zu § 1792 Ziff. 2b.) b) (51 ff.) Ist letztwillig ein Gegenvormund benannt, so ist die Anordnung einer Gegenvormundschaft trotzdem nicht unbedingt erforderlich. Der Benennung kann vielmehr nur dann Wirkung zukommen, wenn der Richter Entscheidung darüber getroffen hat, ob überhaupt eine Gegenvormundschaft angeordnet werden soll. AM. Schultzenstein-Köhne § 1792 Note 9, Philler, Vormundschaftsrecht d. BGB. § 1792 Note 4.

2. Beschwerderecht. **a**) *Fuchs 30 f. Gegen die Verfügung des Gerichts, durch die der Antrag auf Bestellung eines Gegenvormundes abgelehnt wird, ist, falls die Voraussetzungen der obligatorischen Bestellung vorliegen, das

Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. Zur Ausübung des Beschwerderechts ist lediglich der Vormund und zwar in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Mündels berufen. Gegen die Verfügung des Gerichts, durch die ein Gegenvormund bestellt wird, ist Beschwerde unzulässig. S. JDR. 3 zu § 1792 aE. u. 2 zu § 1792 Ziff. 2. **b**) Entgegen der JDR. 3 zu § 1792 aE. mitgeteilten Ansicht Staudinger-Engelmanns spricht sich Unger, BuschsZ. 36 94 Nr. 217, für die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Ablehnung des Antrags auf Bestellung eines Gegenvormundes aus.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die Stellung des Vormundes als Vertreter des Mündels ist in interessanten Einzelfragen erörtert worden. Schultzenstein behandelt die Gestaltung der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen im Falle der Prozeßunfähigkeit des Schuldners und dabei insbesondere die gegen den Vormund zulässigen Maßnahmen (Ausschluß prozessualen Zwanges gegen den Vormund nach § 887 ZPO.; Ausschluß von Geldstrafen und Haft gegen ihn zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseids, Zulässigkeit solcher Strafen gegen den Mündel im Falle der Zuwiderhandlung gegen ein Verbot). Das KG. spricht mit eingehender Begründung sich dahin aus, daß der Vormund nicht kraft Gesetzes von der Entschließung darüber, ob ein Prozeß für den Mündel gegen den Vormund geführt werden soll, ausgeschlossen sei, solange ihm nicht die Vertretungsmacht entzogen ist.

Die obervormundschaftliche Genehmigung hat im Berichtsjahre weniger eingehende Erörterung erfahren. Hervorzuheben ist eine Entscheidung des KG., nach welcher die Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 ZPO. nicht allgemein der Genehmigung des VG. bedarf. Die Bewilligung einer Hypothek auf einem Mündelgrundstück soll nach einer Ansicht nicht Verfügung im Sinne des § 1821[1] sein und deshalb auch ohne die zur Einigung allerdings erforderliche Genehmigung des VG. die Eintragung der Hypothek erfolgen müssen. Diese Meinung ist begreiflicherweise nur in der Theorie hervorgetreten. Von größerer Bedeutung ist der vom KG. ausgesprochene Satz, daß neben der rechtskräftigen Verurteilung des Vormundes zur Auflassung eines Mündelgrundstücks eine Genehmigung nicht verlangt werden kann.

Von den Einzelfällen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist insbesondere die Genehmigungsbedürftigkeit des Alimentenvergleichs und der Ausstellung einer zugleich mit der Bewilligung eines Hypothekeneintrags verlautbarten Darlehnsschuldurkunde als einer mit der Kreditgewährung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Verpflichtungserklärung behandelt, auch die Ansicht geäußert worden, daß ein Leibrentenvertrag obervormundschaftliche Genehmigung erfordert (s. zu § 1804).

Die Inventarisationspflicht des Vormundes ist hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit der Aufnahme der Schulden in das Verzeichnis und der Aufnahme später anfallenden Vermögens untersucht worden.

Literatur: Altmann, Unterliegt das vom Vormundschaftsrichter für Vormünder und Pfleger festgesetzte Honorar der richterlichen Nachprüfung durch den Prozeßrichter? ZBlFG. **6** 558 ff. — Barthelmeß, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft, BayRpflZ. **05** 488. — Bering, Ist die Verhängung von Schulstrafen gegen die Vormünder von schulpflichtigen Kindern zulässig? DJZ. **06** 818. — Dörr, Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormundes zur Löschung einer Hypothek auf dem Mündelgrundstück ohne Genehmigung, SeuffBl. **06** 376 ff. — Grabowsky, Das Recht der Haltekinder in Preußen, PrVerwBl. **28** 233 ff. — Hauser, Wird die Vormundschaft nach sachs.-weimarischem Recht durch Unterbringung des Zwangszöglings in einer Erziehungs- oder Zwangsanstalt beendet? ThürBl. **53** 161 ff. — Josef, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in ihrer Einwirkung auf die Handelsregisterführung, HoldheimsMSchr. **06** 40 ff. — Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und Vertretenen, AcivPr. **98** 392 ff. — Salinger, Über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der bei der Darlehnshypothek verlautbarten Schuldurkunde, ZBlFG. **6** 871 ff. — Schierlinger, Sittliche Pflichten und Anstandspflichten, SeuffBl. **06** 661 ff. — Schultheis, ZBlFG. **7** 177 (s. vor

§ 1627). — Schultzenstein, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit, BuschsZ. 35 475 ff. — Störenberg, Kann Mündelgeld auf Leibrenten gegeben werden? R. 06 675 ff. — Wittmaack, Das Erbbaurecht des BGB. München 1906. — Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts. Leipzig 1906.

§ 1793. 1. Zwangsvollstreckung gegen den Vormund, insbes. Leistung des Offenbarungseids. Schultzenstein, BuschsZ. 35 486. Der Vormund hat die Handlung, zu deren Vornahme der Mündel verurteilt ist, nur immer statt des Mündels und mit dessen Mitteln vorzunehmen. Der Vormund kann eine vertretbare Handlung freilich auch wie eine eigene und mit eigenen Mitteln erfüllen und dadurch den Mündel vorbehaltlich der Ersatzpflicht befreien; solches kann aber der Gläubiger weder überhaupt noch nach § 887 ZPO. erzwingen. Vielmehr kann er sich nur an das Vormundschaftsgericht wenden, damit dieses innerhalb der ihm durch die Selbständigkeit des Vormunds gesteckten Schranken den Vormund anhalte, seine Schuldigkeit gegenüber dem Mündel zu tun, also Sorge zu tragen, daß die Verpflichtung des Mündels zur Vornahme der Handlung vom Mündel oder mit dessen Mitteln durch einen anderen erfüllt werde. Der Gläubiger kann aber nicht selbst einen prozessualen Zwang gegen den Vormund nach § 887 ZPO. anwenden, da die öffentlich-rechtliche Pflicht des Vormunds gegenüber dem Mündel verschieden ist von der privatrechtlichen Verpflichtung des Mündels gegen seinen Gläubiger und daher nicht auf gleiche Weise erzwingbar ist (s. auch 487, 495, 497). (510.) Zur Erzwingung der Leistung eines materiell-rechtlichen Offenbarungseids (§ 889 ZPO.) für den Vertretenen kann Geldstrafe und Haft nicht in das Vermögen des Vormunds und an dessen Person vollstreckt werden. (523[50].) Wenn ein 20jähriger Mündel dem Verbote der Jagdausübung auf seinem Grundstücke trotz Hinderungsversuchs des Vormunds zuwiderhandelt, so kann nicht der Vormund zu Geldstrafe oder Haft verurteilt werden, wohl aber der Mündel (§ 890 ZPO.). S. JDR. 4 zu § 1793 Ziff. 2.

2. Einschränkung der Vertretungsmacht. Riezler, ACivPr. 98 374 (s. auch 406 Note 40). Der Vormund kann auch in den Fällen selbst für den Mündel handeln, in denen er dem Mündel bereits die Einwilligung zu dessen eigenem Handeln erteilt hat, wie in den Fällen, in denen nach § 107 der Mündel der Einwilligung gar nicht bedarf, dagegen nicht innerhalb des Kreises der Rechtsgeschäfte, in denen er nach §§ 112, 113 dem Mündel Ermächtigung erteilt hat. S. JDR. 3 zu § 1793 Ziff. 2.

3. Unterstützung des Vormundes bei Geltendmachung der Unterhaltsansprüche. **a**) Gegen die JDR. 4 zu § 1793 Ziff. 4b mitgeteilte Entscheidung des KG. führt Josef, DNotV. 06 119, aus, daß Beweisaufnahmen nicht nur da zulässig seien, wo das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Entscheidung zu treffen habe, und weist auf D. 36 hin (Beweisaufnahme zur Ermittelung des Wertes von Nachlaßsachen zur Unterrichtung der Beteiligten über die Art der Teilung). **b**) BayObLG. 6 655, R. 06 60, SeuffBl. 06 191 (BayObLG.). Die vollstreckbare Ausfertigung eines Alimentenvergleichs, der durch Beurkundung der Erklärungen bei verschiedenen Gerichten geschlossen ist, erteilt der Gerichtsschreiber des Gerichts, in dessen Verwahrung sich die zusammen ein Ganzes bildenden Urkunden befinden. In Bayern wird in Ermangelung einer Vorschrift die Urkunde den Vormundschaftsakten einverleibt und auch die bei einem anderen Gericht aufgenommene Urkunde an das Gericht abgegeben, bei dem die Vormundschaft anhängig ist. S. JDR. 4 zu § 1793 Ziff. 4d.

4. Grabowsky, PrVerwBl. 28 236. In den Polizeiverordnungen über die Überwachung der Haltekinder wird regelmäßig der Vormund nicht von der polizeilichen Aufsicht ausgenommen, er wird aber doch nicht davon berührt. Nimmt er den Mündel gegen Entgelt in Kost, so muß zum Vertragsschluß ein

Pfleger bestellt werden, der den Vormund in dessen familienrechtlicher Stellung (Personen- und Vermögenssorge) ergänzt. Eine polizeiliche Aufsicht wäre hier so wenig am Platze, wie beim Vater, der die Erziehungskosten aus dem Kindesvermögen bestreitet.

§ 1795. 1. **a)** Die JDR. **3** zu § 1795 Ziff. 1a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. (FSen.) findet sich auch SeuffA. **61** 67. **b)** Die JDR. **4** zu § 1795 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffA. **61** 19.

2. KGJ. **31** A 156 (KG.), o. § 181 Ziff. II 4. Im übrigen vgl. JDR. **1** zu § 1795 Ziff. 1 u. § 1630 Ziff. 2b.

3. Planck (3) zu § 1795 Ziff. 1b. § 1795 Ziff. 2 gilt auch für den Fall gleichzeitiger Aufhebung oder Minderung der Sicherheit und der Forderung. § 1795 Ziff. 2 bezieht sich aber nicht auf die Kündigung der Hypothek. S. JDR. **2** u. **3** zu § 1795 Ziff. 5 u. **4** zu § 1795 Ziff. 4.

4. Meyer Note 2 zu § 1795. Das Bezahlen an sich selbst muß durch Buchführung oder in ähnlicher Weise erkennbar gemacht werden.

5. KGJ. **31** A 10, RheinARV. **24** 107 (KG.). Die Entschließung darüber, ob für den Mündel gegen den Vater oder Vormund ein Rechtsstreit geführt werden soll, steht als Akt der Vermögensverwaltung dem Vater oder Vormund selbst zu; diese können zwar als Prozeßpartei nicht den Mündel als Gegner vertreten, jene Entschließung ist aber kein Teil des Rechtsstreits, auch kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 und keine Handlung im Sinne des § 1795 Abs. 1. Auch ein bestehender Interessengegensatz schließt aber die Vertretung nicht kraft Gesetzes aus, kann nur zu deren Entziehung führen — beim Vater nach Anhörung desselben und Verwandter und Verschwägerter gemäß § 1673 —, wenn das Verhalten und die konkrete Sachlage es notwendig machen, die Entscheidung über die Klagerhebung in andere Hände zu legen. Bestellt das Gericht einen Pfleger, ohne daß der Vater die Klagerhebung verlangt hatte, so hat der Pfleger auch über die Klagerhebung zu entscheiden; dies ist indirekte Entziehung der Vertretungsmacht des Vaters (§ 1628) und dieser wegen Verletzung des § 1673 beschwerdeberechtigt; nach erfolgter Klagerhebung kann aber die Beschwerde keinen Erfolg mehr haben.

6. *Fuchs, Rechtliche Stellung des Gegenvormundes 97 f. Es gibt auch eine rechtliche Verhinderung des Gegenvormundes, denn die Vorschriften der §§ 1795, 181 haben auf den Gegenvormund analoge Anwendung zu finden. Alsdann hat das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu ersetzen. S. JDR. **1** zu § 1795 Ziff. 4.

§ 1796. BadRpr. **06** 212 (LG. Konstanz). Bei Interessengegensatz liegt eine Verhinderung erst vor, wenn die Entziehung der Vertretungsmacht wirksam — durch Bekanntgabe an Vormund oder Gewalthaber — erfolgt ist; erst dann ist Pflegerbestellung zulässig und wirksam. Der elterliche Gewalthaber ist an Annahme und Ausschlagung der Erbschaft als Miterbe nicht verhindert, da es sich um einseitige Rechtsgeschäfte handelt. Eine Pflegerbestellung für Annahme und Ausschlagung wäre daher wirkungslos, wenn nicht eine Entziehung der Vertretungsmacht stattgefunden hat. S. JDR. **4** zu § 1796.

§ 1797. Meyer, R. **06** 272, nimmt gegen Lion, Mitvormundschaft, an, daß das Vormundschaftsgericht bei Streit unter den Mitvormündern nur entscheiden könne, wer recht habe, nicht auch eine neue Ansicht aufstellen könne, daß es nicht, wenn der eine Vormund den Mündel Jurist, der andere ihn Mediziner werden lassen will, bestimmen könne, er soll Apotheker werden. S. JDR. **4** zu § 1797 II.

§ 1799. *Fuchs. a) (121, 127 f.) Der Gegenvormund ist ein Organ der vormundschaftlichen Verwaltung, genau wie z. B. der Vormund und der Ge-

meindewaisenrat. Er ist kein obrigkeitliches Organ, wie das Vormundschaftsgericht. Dies wird er auch nicht dadurch, daß er mit Wahrnehmung von Funktionen betraut ist, die im allgemeinen zur Kompetenz des Vormundschaftsgerichts gehören. Ebensowenig ist der Gegenvormund ein dem Vormundschaftsgerichte koordiniertes Organ. Bezüglich seiner gesamten Tätigkeit untersteht er vielmehr der Aufsicht des VormGer. In der Hauptsache ist der Gegenvormund Hilfsorgan der Obervormundschaft. b) (57 f.) Die Tätigkeit des GV. besteht in einer allgemeinen Aufsicht und in einer Mitwirkung bei der Ausübung der Sorge für den Mündel. Eine scharfe Scheidung ist von Bedeutung für den Umfang der Tätigkeit, für die Beurteilung der Frage der Haftung des GV. und der rechtl. Stellung mehrerer Gegenvormünder. c) (69.) Die Auskunftspflicht des GV. umfaßt auch die persönlichen Verhältnisse des Mündels, wenigstens insoweit, als dem Vormunde ein Einfluß zusteht. d) (69.) Unter „Papieren" (§ 1799 Abs. 2) sind zu verstehen Schriftstücke, die bei Führung der Vormundschaft erwachsen sind und einen Beleg für die Handlungsweise des Vormundes oder einen Ausweis über seine Tätigkeit geben. Nicht zu den Papieren zu rechnen sind Urkunden, die, sei es konkret, sei es nach Anschauung des Verkehrs einen Vermögenswert repräsentieren. Nachweis des Vermögensbestandes kann vielmehr nur bei der Rechnungslegung verlangt werden.

§ 1800. 1. Aufenthaltsbestimmungsrecht der unehelichen Mutter. **RG.** (Straff.) 28. 5. 06, R. **06** 813. Eine uneheliche Mutter handelt nicht rechtswidrig, wenn sie ihr Kind mit Gewalt an sich nimmt, um es dauernd dem Vormund zu entziehen, denn sie hat nach §§ 1707, 1631 Aufenthaltsbestimmungsrecht, das ihr nur nach §§ 1666, 1838 eingeschränkt werden kann.

2. Schulbesuch. Bering, DJZ. **06** 818. Strafen gegen Vormünder wegen Schulversäumnisse der Mündel sind nach PrALR. und der PrKabO. v. 14. 5. 25 und insbes. Art. 1 d. RegPolV. Danzig v. 5. 10. 99 nicht zulässig.

3. Beschwerderecht in persönlichen Angelegenheiten. **a)** R. **06** 866 (BayObLG.). Gegen eine die Personensorge betreffende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts steht einem Rechtsanwalt als solchem nicht Beschwerde gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 9 zu; er wird auch nicht durch den Auftrag des selbst nicht zur Ausübung des Beschwerderechts befugten Mündels legitimiert. **b)** KG., RJA. **6** 168, KGJ. **31** A 29, ZBlFG. **6** 694, R. **06** 266. Der Unterhalt ist eine die Person betreffende Angelegenheit. In Angelegenheiten, die sowohl das Vermögen als die Person betreffen, ist selbständiges Beschwerderecht des Mündels nach § 59 FGG. gegeben. S. JDR. **3** zu § 1800 Ziff. 2.

§ 1801. OLG. Stuttgart, WürttZ. **06** 138 f. Der im § 1801 BGB. vorausgesetzte Fall, daß dem Vormund die Sorge für die religiöse Erziehung zusteht, ist bei der Vormundschaft über ein uneheliches Kind, dessen Mutter die Sorge für die Person wahrzunehmen hat, nicht gegeben; der Mutter steht das Personensorgerecht einschließlich des Erziehungsrechts zu, der Vormund hat nur Beistandsstellung, der Mutter steht daher bei Meinungsverschiedenheiten betreffs der Erziehung die Entscheidung zu. Die von Hirsch, Rechtsverh. der unehelichen Kinder 13, aus § 1801 abgeleitete Folgerung, daß die Sorge für die religiöse Erziehung der Kinder an sich, soweit nicht Landesrecht entgegensteht, dem Vormund zukomme, ist auch vom Standpunkte des württ. Rechtes abzulehnen.

§ 1802. 1. Späterer Vermögensanfall. **a)** *Schultheis, ZBlFG. **7** 177, führt gegen v. Staudinger-Engelmann und v. Blume (JDR. **4** zu § 1802 a) aus, daß die Inventarisationspflicht späteren Vermögensanfalls unabhängig davon ist, ob der Mündel bei Anordnung der Vormundschaft Vermögen hatte oder nicht, daß aber nicht jeder Zugang inventarisationspflichtigen Vermögenszuwachs darstellt, sondern nur die außerordentlichen Vermögensanfälle,

während die regelmäßigen Zugänge in den Jahresrechnungen nachgewiesen werden, und daß, so aufgefaßt, der auch auf den befreiten Vormund anwendbare § 1802 einen guten Sinn auch neben § 1853 hat, indem außerordentliche Vermögensmehrungen alsbald nach dem Anfalle, nicht erst möglicherweise nach fast 5 Jahren in der Übersicht zu inventarisieren sind, was wegen § 1857 von Bedeutung ist. **b**) Gegen die Ansicht v. Staudingers und v. Blumes auch Planck (3) Note 1a zu § 1802. Die Aufnahme des Zuganges in die periodisch zu stellende Rechnung ersetzt nicht die alsbaldige Inventarerrichtung, bei der auch der Gegenvormund zuzuziehen und die Richtigkeit und Vollständigkeit zu versichern ist.

2. Haushaltsgegenstände. *Schultheis, ZBlFG. **7** 190. Die Vorschrift des § 1640 Abs. 1 Satz 2 ist auf das Verzeichnis des Vormundes nicht zu übertragen. S. JDR. **4** zu § 1802c.

3. Schulden. **a**) *Schultheis, ZBlFG. **7** 182 ff., spricht sich gegen v. Blume und v. Staudinger-Engelmann (JDR. **3** zu § 1802 und **4** zu § 1802c) für die Notwendigkeit der Aufnahme der Schulden unter Hinweis auf Mot. IV 1101 u. 1102 (s. o. zu § 1640) aus. **b**) Meyer Note 1 zu § 1802. Ein ordentliches Inventar soll auch die Schulden, soweit sie bekannt sind, enthalten.

4. Zuziehung des Gegenvormundes. *Fuchs. a) (71.) Die Erklärung des Vormundes, es sei Vermögen nicht vorhanden, ist kein Vermögensverzeichnis im Sinne des Gesetzes, eine Versicherung der Richtigkeit der Erklärung seitens des Gegenvormundes mithin nicht erforderlich. b) (72.) Unter dem Vorhandensein kann nur das rechtswirksame Vorhandensein verstanden werden. In allen Fällen, in denen die Bestellung nichtig ist oder wird, ist deshalb die Zuziehung des Gegenvormundes nicht erforderlich. c) (73.) Ist ein Gegenvormund zwar vorhanden, aber (wirklich) verhindert, so ist dies dem Falle gleichzustellen, daß ein Gegenvormund überhaupt nicht vorhanden ist. Eine Mitwirkung ist also nicht erforderlich.

§ 1804. Schierlinger, SeuffBl. **06** 661 ff. Für die Zulässigkeit von Trinkgeldern, Gelegenheitsgeschenken an Dienstboten und Geschäftskunden und ähnliche Ausgaben in quali ist weder das persönliche Ermessen des Vormundes, noch des Vormundschaftsrichters frei, denn über ihnen steht das ungeschriebene Gesetz: „Sitte und Anstand". Gesellschaftliche Gewohnheiten, örtliche Bräuche schreiben die Arten und Fälle, bisweilen auch die Größe jener Abgaben vor; Spielraum gewährt nur noch die Verschiedenheit der sozialen Stellung und der Vermögensverhältnisse.

§§ 1806 ff. Stürenburg, R. **06** 675 f. Die Vorschriften der §§ 1806 ff. zwingen zur Anlegung von Mündelgeld nur insoweit, als das vorhandene Geld nicht anders verwandt wird. In gleicher Weise wie es dem Vormund gestattet ist, Mündelgeld zum Erwerb eines Grundstücks (§ 1821 Nr. 4) oder zur Begründung eines Erwerbsgeschäfts zu verwenden (§ 1822 Nr. 3), kann er auch im Namen des Mündels einen Leibrentenvertrag abschließen und Mündelgeld zu dessen Erfüllung verwenden. Wenn der Vormund das ganze Mündelgeld dazu verwenden will, bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 Nr. 1. Man wird aber auch in allen anderen Fällen die Genehmigung verlangen müssen entsprechend der Wichtigkeit des Vertrags; die vom BGB. gegebene Zusammenstellung wichtiger und deshalb genehmigungsbedürftiger Geschäfte ist nicht erschöpfend, erweiternde Auslegung geboten.

§ 1807. I. Erbbaurechte. 1. Für die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten Planck (3) zu § 1807 Note 4a.

2. Wittmaack 149 ff. (vgl. auch 14 Note 2) spricht sich ebenso wie in dem JDR. **2** zu § 1807 Ziff. 2 mitgeteilten Aufsatz gegen die Zulässigkeit der Beleihung von Erbbaurechten mit Mündelgeldern aus. Außer den dort ange-

führten Gründen macht er folgende geltend: a) Die natürliche Beschaffenheit der Grundstücke und deshalb auch ihr Wert unterliegt nur geringen Änderungen. Da die Grundstücke in gleicher Beschaffenheit in großer Zahl vorhanden sind, so ist die Wertermittelung leicht und sicher und es läßt sich auch eine allgemeine Wertgrenze festsetzen. Anders beim Erbbaurechte, dessen Sicherheit nicht allein von der natürlichen Beschaffenheit des Grund und Bodens, sondern auch von der oft nicht leicht zu übersehenden Gültigkeit der Bestellung abhängt und dessen Wert schon wegen der Verschiedenartigkeit des Inhalts der einzelnen Erbbaurechte schwer feststellbar ist. b) § 12 des HypBankG. gestattet die Beleihung von Erbbaurechten mit dauerndem Ertrag. Aber das Hypothekenbankgesetz stellt auch im übrigen nicht so strenge Anforderungen, z. B. hinsichtlich der Beleihung von Grundstücken durch die Hypothekenbanken nicht solche Anforderungen, wie viele Staaten bezüglich der Anlegung von Mündelgeld. Wegen der Übergangszeit s. 227. c) Auf Zeit oder Resolutivbedingung bestellte Erbbaurechte oder solche, deren Löschung zu bestimmter Zeit oder unter bestimmter Bedingung durch Vormerkung gesichert ist, eignen sich keinesfalls zur Anlegung, da auch bei Grundstücken ein entsprechend widerrufliches Eigentum nicht die gesetzliche Sicherheit gewähren würde. S. JDR. **4** zu § 1807.

3. Wittmaack 156 Note 2 führt gegen Sohm, Deutsche Volksstimme **12** 547 ff. Nr. 18 aus, daß Art. 73 § 1 PrAGBGB. sich nur auf Grundstücke, nicht auf Erbbaurechte beziehe, und beanstandet insbesondere das Ergebnis Sohms, daß die auf städtische Grundstücke bezüglichen Vorschriften des Art. 73 auch auf Erbbaurechte anwendbar seien und diese daher, wenn auch ihre Existenz wegen anderer Grundstücksbelastungen oder Resolutivbedingung noch so unsicher oder ihre Dauer noch so kurz sei, wie städtische Grundstücke mit der Hälfte des Taxwerts der Gebäude beliehen werden dürfen.

II. Wittmaack 155. Bergwerke sind auch in den Staaten, die § 1017 auf das Bergwerkseigentum anwenden (Art. 67 EGBGB.), nicht beleihungsfähig. Auch § 12 HypBankG., das keine strengen Anforderungen stellt, schließt Bergwerke aus.

§ 1812. 1. Quittung. Planck (3) zu § 1812 Ziff. 2a. Die Quittungserteilung ist nicht genehmigungsbedürftig. S. JDR. **4** zu § 1812 I 1.

2. Verfügung über Hypotheken. Meyer Note 4 zu § 1812. Ist eine Hypothekforderung des Mündels vom Vormunde mit Genehmigung des Gegenvormundes eingezogen, so ist die Hypothek damit für den Mündel verloren und dem Eigentümer zugefallen; die Umschreibung der Hypothek kann der Vormund nun selbständig bewilligen. S. JDR. **4** zu § 1812 I 2.

3. Zustimmung zur Löschung von Hypotheken auf Mündelgrundstücken. Dörr, SeuffBl. **06** 376 ff. Der Antrag des Eigentümers auf Löschung oder die Zustimmung desselben zur Löschung, die vom Hypothekengläubiger bewilligt ist, enthält regelmäßig, soweit nicht die Hypothek kraft Gesetzes erlischt, eine auf Aufhebung gerichtete Verfügung über ein Recht der im § 1812 bezeichneten Art, nämlich einen Verzicht auf die kraft Gesetzes entstandene Eigentümergrundschuld, bedarf also der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts; das gleiche gilt auch im Falle des § 1179, da die Löschungsverpflichtung das Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers nicht beseitigt. Steht dem Mündel auch die Forderung zu (§ 1143), so kommt § 1822[13] zur Anwendung. Keine Genehmigung ist nötig für die Zustimmung zur Löschung offener Rangstellen (§§ 71, 80 BayHypG.) oder alter bayer. Hypotheken, ebensowenig nach Reichsrecht in den Fällen, in denen die Hypothek ipso jure erlischt (§§ 1173 Abs. 1, 1174 Abs. 1 usw.). S JDR. **4** zu § 1812 I 2.

4. ZBlFG. **7** 205 (Dresden). Zu einer Verfügung über Wertpapiere, die dem Nacherbenrecht unterliegen, ist im Falle der Bevormundung der Nacherben die Genehmigung gemäß § 1812 Abs. 3 in gleicher Weise erforderlich, als wenn die Wertpapiere den Mündeln selbst gehörten.

5. Mitwirkung bei Mehrheit von Vormündern. *Fuchs 89. Wird die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich geführt, so bedarf es der Mitwirkung eines Gegenvormundes nicht, selbst wenn ein solcher vorhanden ist. AA. Schultheis, VormRichter 78 Anm. 4a. Zustimmend wohl v. Blume 3a zu § 1810, 2d zu § 1812.

§ 1817. Planck (3) zu § 1817 Ziff. 1. Es ist nicht notwendig, daß die Befreiung durch das Mündelinteresse geboten ist. S. IDR. **2** zu § 1817.

§ 1821. I. Genehmigung im allgemeinen. 1. Prüfung unter dem Gesichtspunkte des Mündelinteresses. **a**) KG., RIA. **7** 82, ZBl. FG. **7** 1191, R. **06** 955, OLG. **12** 347, KGJ. **32** A 45, DNotV. **06** 763. Die Prüfung eines Rechtsgeschäfts zwecks obervormundschaftlicher Genehmigung erfolgt nur unter dem Gesichtspunkte des Wohles des Mündels, während die Wahrung anderer Interessen dem Vormundschaftsrichter nicht obliegt. Ein Streit über die Rechtswirksamkeit eines Vertrags ist vom Prozeßrichter zu entscheiden; der Vormundschaftsrichter prüft nur, ob der Vertrag, seine Gültigkeit vorausgesetzt, dem Wohle des Mündels entspricht. Handelt es sich aber um Genehmigung eines zugleich in das öffentliche Recht hinüberreichenden Vertrags, so hat der Vormundschaftsrichter auch die Rechtsgültigkeit zu prüfen, soweit das Mündelwohl dies erfordert, z. B. die Rechtsgültigkeit des Adoptionsvertrags wegen der Namensführung, weil bei einem so wichtigen Rechte schon eine Unklarheit nachteilig ist. Vgl. auch BayObLG. **7** 424, R. **06** 1199. **b**) Wegen Erteilung obervormundschaftlicher Genehmigung bei Zweifel über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts s. KGJ. **32** A 49 (KG.).

2. Umfassende Prüfungspflicht des Beschwerdegerichts. KGJ. **31** A 6, RheinARV. **24** 122 (KG.). Das Beschwerdegericht hat, wenn die erste Instanz die Erteilung der Genehmigung zu einem dieser bedürfenden Rechtsakte aus sachlichen Bedenken abgelehnt hat, mit der gleichen umfassenden Prüfungs- und Entscheidungspflicht wie das Vormundschaftsgericht die Zweckmäßigkeit der Rechtshandlung für den Mündel zu erwägen und eine endgültige Entscheidung über die Genehmigung, Erteilung oder Versagung, zu treffen, es darf nicht unter Beschränkung auf die Bedenken der ersten Instanz bei Verwerfung derselben die Sache zurückverweisen. (S. auch KGJ. **31** A 13 KG.)

3. Einfluß des Irrtums des Richters. **a**) **RG. 61** 207 ff. wie IDR. **4** zu § 1821 I 4a. **b**) Josef, BuschsZ. **35** 546, erörtert den Einfluß des Irrtums des Richters auf die obervormundschaftliche Genehmigung mit dem gleichen Ergebnis und der gleichen Begründung wie DNotV. **05** 199 ff., IDR. **4** zu § 1821 I 4b.

4. Blasig, R. **06** 1366, spricht sich gegen die Zulässigkeit stillschweigender, formloser Genehmigung aus. S. IDR. **4** zu § 1821 I 2.

5. ElsLothNotZ. **06** 376 (LG. Metz). Der Vormund kann auch die obervormundschaftliche Genehmigung zu einem von seinem Vorgänger abgeschlossenen notariellen Vertrag einholen, es bedarf keines den früheren Vertrag bestätigenden Nachtragsakts unter Mitwirkung des neuen Vormundes.

II. Fälle des § 1821. 1. Genehmigungsbedürftige Verfügungen. Planck (3) Note II 1 zu § 1821. Genehmigungsbedürftige Verfügungen: Bewilligung einer Vormerkung, Kündigung einer auf einem Grundstücke des Mündels ruhenden Hypothek, Belastung des Grundstücks gleichzeitig mit dem Erwerbe desselben. Keine obervormundschaftliche Genehmigung erfordern: Bloße Änderungen

der Zahlungszeit und des Zahlungsorts einer Hypothek auf dem Mündelgrundstücke, die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung der Hypothek, die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen (§ 890), wenn nicht ein Fall des § 1131 vorliegt.

2. Abs. 1 Ziff. 1. Grundstücksbelastung. **a**) *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 56/57. Im Falle der Bestellung einer Hypothek an einem Mündel-Grundstücke bedarf es zur Gültigkeit der Einigung nach § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Eintragung der Hypothek im Grundbuche dagegen ist von der Genehmigung nicht abhängig; sie muß erfolgen, sobald der Vormund als Vertreter des Mündels die Eintragungsbewilligung erklärt hat. Die Bewilligung fällt, da sie nicht Verfügung ist, nicht unter § 1821 Abs. 1 Ziff. 1. S. JDR. **1** zu § 1821 I 8 b. **b**) Die JDR. **4** zu § 1821 II 2 e α mitgeteilte Entscheidung des OLG. Colmar findet sich auch OLG. **12** 349.

3. Rechtskräftige Verurteilung zur Veräußerung. KG., R. **06** 384, KGJ. **31** A 293. Neben der rechtskräftigen Verurteilung des Vormundes zur Auflassung eines Mündelgrundstücks darf, entgegen der Ansicht Oberneck's, Reichsgrundbuchrecht (3) 426, das Grundbuchamt nicht noch den Nachweis der obervormundschaftlichen Genehmigung verlangen und dies gilt regelmäßig in allen Fällen, wo die Genehmigung einen vormundschaftlichen, nicht einen polizeilichen Charakter hat, z. B. der Genehmigung der vorgesetzten Behörde einer öffentlich-rechtlichen Korporation zu Grundstücksveräußerungen.

4. Zwangsversteigerung. Josef, DNotV. **06** 121, stimmt der JDR. **4** zu § 1821 II 4 mitgeteilten Ansicht des KG. im Ergebnis bei, bestreitet aber, daß der Antrag des Vormundes auf Zwangsversteigerung ein Rechtsgeschäft sei.

5. Verfügung über Nachlaßgegenstände. Die JDR. **4** zu § 1821 Ziff. II 5 a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch DJZ. **06** 89, BayObLG. **6** 512, SeuffA. **61** 69.

6. Der JDR. **4** zu § 1821 Ziff. II 6 mitgeteilte Beschluß des KG. findet sich auch R. **06** 103.

7. Grundstückserwerb, Folge mangelnder Genehmigung. **a**) Neubecker, BayRpflZ. **05** 164. Hat der Vater das Grundstückskaufgeld oder die Darlehnsvaluta angenommen und für sich verwendet, so sind, wenn der Kaufvertrag oder die Darlehnsaufnahme nicht genehmigt wird, die Kinder ungerechtfertigt bereichert, indem sie durch ihren gesetzlichen Vertreter das Eigentum an den Geldstücken erworben haben, sie brauchen aber Eigentum und mittelbaren Besitz nur durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe nach §§ 870, 931 herauszugeben, um nicht mehr bereichert zu sein. **b**) Planck (3) Note 7 zu § 1821. Ist bei fehlender Genehmigung das Grundstückskaufgeld an den Vormund gezahlt, so hat der Leistende regelmäßig einen Bereicherungsanspruch (condictio indebiti oder causa data causa non secuta) gegen den Mündel, der durch Zahlung an den Vormund als solchen das Geld erwarb. Unterschlägt der Vormund das Geld, so fällt die Bereicherung des Mündels weg; dies gilt aber nur, wenn die Unterschlagung vor der Rechtshängigkeit des Anspruchs und dem in §§ 819, 820 bezeichneten Zeitpunkte erfolgt ist.

III. 1. KG., RJA. **7** 224, ZBlFG. **7** 448, KGJ. **32** A 280, R. **06** 1454, NaumbAK. **06** 75. Es ist nicht allgemein vorgeschrieben, daß für einen der gesetzlichen Vertretung bedürftigen Schuldner eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 [5] ZPO. nicht oder nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts rechtswirksam ausgestellt werden könnte. Der gesetzliche Vertreter kann wegen jeder Schuld, die er selbständig begründen oder anerkennen darf, das Kind der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen; diese Unterwerfung ist kein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft, weder Verfügung über ein Grundstück noch Eingehung der Verpflichtung dazu,

wenn sie auch dem Gläubiger die Macht gibt, eine Sicherungshypothek auf das Grundvermögen des Kindes eintragen zu lassen. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist ebensowenig erforderlich, wie bei der Zwangsvollstreckung aus einem Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil, bei denen die Vorschriften über obervormundschaftliche Genehmigung ebenso umgangen werden können. S. IDR. **2** zu § 1821 I 3 b.

2. AG. Stuttgart (Stadt), WürttZ. **05** 339. Der Verzicht auf die weiblichen Rechtswohltaten (nach württ. R.) ist kein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft.

§ 1822. 1. Ziff. 2. Erbteilungsklage. Fischer-Henle Note 7 zu § 1822. Zur Erhebung einer Teilungsklage (§ 2042) ist keine Genehmigung nötig: soll aber das Urteil nach § 894 ZPO. die Zustimmung eines Beteiligten zum Erbteilungsvertrage ersetzen, so muß der Vormund vorher die obervormundschaftliche Genehmigung zum Vertragsschlusse erlangt haben. S. IDR. **1** zu § 1822 II 3 a.

2. Ziff. 5. Barthelmeß, BayRpflZ. **05** 488. Die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der minderjährige Vater nicht rechtswirksam vornehmen kann. Es ist aber kein Vertrag, zu dessen Schließung der Gewalthaber der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf. Aus der Anerkennung der Vaterschaft folgt schon von Rechts wegen die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen (§§ 1708, 1710). Ein über die Unterhaltspflicht geschlossenes Übereinkommen begründet nicht erst die Verpflichtung zu diesen Leistungen, es fehlt ihm an dem selbständigen Verpflichtungsgrunde, es dient nur zur Regelung der Folgen des Vaterschaftsbekenntnisses und der Höhe des Unterhalts. Es ist deshalb nicht nach § 1822 Ziff. 5, sondern nur als Vergleich nach § 1822 Ziff. 12 genehmigungsbedürftig, der Gewalthaber bedarf also keiner Genehmigung, sondern nur der Vormund. (Ebenso LG. München 25. 2. 04.) Verpflichtet sich der uneheliche minderjährige Vater ohne Anerkenntnis der Vaterschaft zu einer Unterhaltsrente, so liegt ein selbständiger, nach § 1822 Ziff. 5 genehmigungsbedürftiger Vertrag vor. S. IDR. **2** zu § 1822 Ziff. 5.

3. Ziff. 6. Lehr- oder Dienstvertrag. Hansen, ThürBl. **53** 161 ff. In den Fällen des § 1822 Ziff. 6 u. 7 ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch dann erforderlich, wenn der Lehr- oder Dienstvertrag von dem Anstaltsvorstand als gesetzlichem Vormund (in Sachsen-Weimar) für den Zwangszögling abgeschlossen worden ist; die Genehmigung des Bezirksdirektors, dem nach § 204 WeimAGBGB. die Leitung der Zwangserziehung übertragen ist, ersetzt nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da keine gesetzliche Bestimmung besteht, daß während der Zwangserziehung diese Befugnis des Vormundschaftsgerichts von der der Anstalt vorgesetzten Verwaltungsbehörde ausgeübt werden solle. S. IDR. **3** zu § 1822 Ziff. 6.

4. Ziff. 10. Schuldübernahme. **a**) Eintritt in eine Genossenschaft. Die IDR. **4** zu § 1822 Ziff. 6 c mitgeteilte Entscheidung des KG. v. 6. 7. 05 findet sich auch R. **06** 138. **b**) Schuldübernahme durch Pfandbestellung. α. **RG. 63** 76 ff., IW. **06** 337. § 1822 Ziff. 10 bezieht sich wie § 42[13] PrVO. auf Interzessionen aller Art. Die Bestimmung verhält sich zu § 1821 Abs. 1 Nr. 1 verb. mit Abs. 2 wie folgt: An sich ist die Verpfändung einer Mündelhypothek nicht genehmigungsbedürftig; geschieht sie aber zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, so ist die obervormundschaftliche Genehmigung unerläßlich. Der Begriff der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit erschöpft sich nicht in dem obligatorischen Geschäft, das die Verpflichtung zur Übernahme

begründet; es wäre auch ein wunderliches Ergebnis, wenn zur persönlichen Übernahme fremder Verbindlichkeiten Genehmigung nötig wäre, nicht aber zu der dinglichen Verfügung, durch die die Übernahme unmittelbar bewirkt wird. ß. HansGZ. **06** Beibl. 166 (Hamburg). Übernahme einer fremden Verbindlichkeit erfordert nicht Eingehung einer persönlichen Verpflichtung, kann vielmehr auch, wie bei der Interzession im weiteren Sinne im röm. und gem. Rechte, durch Pfand- oder Sicherheitsbestellung, wodurch die fremde Schuld ohne weitere persönliche Verpflichtung auf die als Sicherheit bestellte Sache übernommen wird, erfolgen. Solche Pfandbestellung ist daher genehmigungsbedürftig.

5. Ziff. 12. Alimentenvergleich. BayObLG., ZBlFG. 6 764. Ein zwischen dem außerehelichen Vater und der nicht zur Vertretung befugten Mutter geschlossener Alimentenvergleich, der keine Prozeßhandlung ist, wird durch die nachfolgende Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts nicht nur als Vertrag, sondern auch als Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. wirksam; die Genehmigung des Vormundes braucht das Vergleichsprotokoll nicht zu enthalten.

6. Ziff. 13. Aufhebung hypothekarischer Sicherheit bei Nacherbschaft. ZBlFG. 7 204, R. **06** 247 (Dresden). Zur Aufhebung der hypothekarischen Sicherheit für eine dem Rechte der Nacherben unterliegende Forderung bedarf der gesetzliche Vertreter der Nacherben obervormundschaftlicher Genehmigung.

§ 1823. Meyer Note 1 zu § 1823. Ist die Genehmigung nicht erteilt, so sind die vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam. ➸ § 1823 „soll". Red. ⟵

§ 1825. Unger, BuschsZ. **36** 13. Mit Rücksicht auf Genehmigungen für eine Mehrheit von Geschäften, z. B. allgemeine Ermächtigungen des § 1825 läßt § 55 FGG. die Änderung insoweit nicht mehr zu, als sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist.

§ 1826. *Fuchs 100 f. Trifft das VG. die Entscheidung, ohne den Gegenv. gehört zu haben, so steht dem Gegenv. das Beschwerderecht zu, solange die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung noch ein Internum, also einem Dritten gegenüber noch nicht wirksam geworden ist. Gegen die abweisende Entscheidung des Beschwerdegerichts ist die weitere Beschwerde für den Gegenv. zulässig. S. JDR. **4** zu § 1826.

§ 1828. I. Erklärung der Genehmigung. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 40 ff., tritt der JDR. **4** zu § 1821 I Ziff. 2c mitgeteilten Ansicht von Marcus entgegen und kommt im Anschluß an **RG.** JDR. **4** zu § 1828 I 3 zu folgendem Ergebnis: Gehört ein Handelsgeschäft zu einem Nachlaß, bei dem Minderjährige beteiligt sind, und ersucht das Vormundschaftsgericht, welches die Veräußerung des Handelsgeschäfts beurkundet hat, das Registergericht um Eintragung des Firmenübergangs, so kann dieses dem Ersuchen nur stattgeben, wenn das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zur Veräußerung dem gesetzlichen Vertreter erklärt hat. Denn diese Genehmigung ist eine gerichtliche Verfügung, die erst durch die Bekanntmachung an den gesetzlichen Vertreter wirksam wird und ohne diese als rechtlich nicht vorhanden gilt, so daß in solchem Falle aus der ohne rechtlichen Grund erfolgten Eintragung des Firmenübergangs dem Veräußerer ein Anspruch auf Beseitigung der Eintragung gegen den Erwerber erwächst. Von dem amtswegigen Löschungsverfahren aus § 142 FGG., das an sich zulässig wäre, hat das Registergericht indes hier abzusehen und vielmehr sachgemäß selbsttätig das Vormundschaftsgericht um nachträgliche Bekanntmachung der Genehmigungsverfügung anzugehen, durch die die Rechtswirksamkeit der Eintragung mit rückwirkender Kraft herbeigeführt wird.

II. Beschwerde. BayObLG. 6 732, SeuffBl. 06 655 (BayObLG.). Ein Dritter ist nicht beschwerdeberechtigt wegen der Stellung, die das Vormundschaftsgericht in einer das Interesse des Dritten berührenden Angelegenheit einnimmt, da es sich um eine innere Angelegenheit der Vormundschaft handelt, das Gericht in keine rechtliche Beziehungen zu Dritten tritt. Kommt infolge der ablehnenden Haltung des Vormundschaftsgerichts ein angestrebter Vergleich nicht zustande, so bleibt dem Dritten nur die Verfolgung seines Anspruchs im Rechtswege übrig. JDR. 3 zu § 1828 II 3d.

§ 1829. Fuchs, ZBlFG. 6 505, nimmt gegen Josef, Lehrbuch 400 ff., an, daß der Vater von der Beurkundung der Erklärung des Vormundes, wonach das Vormundschaftsgericht die Genehmigungsverfügung dem Vater zugehen lassen, dieser sie auch dem Vertragsgenossen des Vormundes bekannt machen soll, nicht ausgeschlossen sei, ebensowenig von der Beurkundung der Ermächtigung des Notars, den Antrag auf Erteilung der Genehmigung beim Vormundschaftsgericht zu stellen. S. JDR. 1 zu § 1829 Ziff. 3b, 2 zu § 1829 Ziff. 1b, 3 zu § 1829 Ziff. 2c u. 4 zu § 1829 Ziff. 2c.

§ 1831. 1. SeuffBl. 06 107 (München). Ein einseitiges, genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft wird nicht durch die nachträgliche Genehmigung wirksam; es bedarf einer erneuten durch die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts gedeckten Vornahme; die Genehmigung kann nur dem Vormund gegenüber erklärt werden.

2. Salinger, ZBlFG. 6 871 ff. Die Eintragungsbewilligung betreffs einer Hypothek ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; denn die formale Belastung des Grundstücks tritt schon mit der Eintragung ein, die nur Bewilligung und Antrag des Eigentümers voraussetzt, während die Einigung nach § 873 nachfolgen kann; die Eintragungsbewilligung bedarf daher vorheriger obervormundschaftlicher Genehmigung und zwar muß diese im Augenblick der Aushändigung an das Grundbuchamt vorhanden sein. Auch die mit der Eintragungsbewilligung zugleich verlautbarte Schuldurkunde bedarf, sofern sie dispositive Urkunde ist, gemäß §§ 1822 Ziff. 6, 1643 der obervormundschaftlichen Genehmigung als eine mit der Kreditgewährung in unmittelbarem Zusammenhang stehende Verpflichtungserklärung; die Ausstellung der Schuldurkunde ist aber ein einseitiges Rechtsgeschäft, wenn dieselbe außerdem auch noch als Vertragserklärung (Bestandteil des Darlehnsvertrags) Bedeutung haben kann; sie bedarf also vorheriger Genehmigung; dabei ist jedoch nicht die Niederschrift maßgebend, auch nicht die Einreichung beim Grundbuchamt, da die Schuldurkunde nicht mehr zu den erforderlichen Urkunden für die Eintragung gehört, sondern die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Berechtigten, d. i. der Zugang der dem Gläubiger übersandten Schuldurkunde, die Verlautbarung selbst nur, wenn der Gläubiger dabei zugegen war. Fehlt die Genehmigung in dem angegebenen Zeitpunkt, so erwächst zwar um deswillen kein greifbarer Nachteil, weil immer noch der Darlehnsvertrag nachträglich genehmigt werden kann; aber doch ist die in Anwesenheit des Gläubigers ohne Vorhandensein der obervormundschaftlichen Genehmigung aufgenommene notarielle Urkunde nichtig; und deshalb zunächst nicht stempelpflichtig, die Stempelpflicht tritt erst ein, wenn sie nach der nachträglich eingeholten Genehmigung dem Gläubiger ausgehändigt wird. S. JDR. 4 zu § 1831 Ziff. 1.

3. **a**) Schöbel, SächsRpflA. 06 94. Die obervormundschaftlich nicht genehmigte Hypothekbestellung ist nichtig. Wird deshalb noch eine zweite Urkunde nach erfolgter Genehmigung beim Grundbuchamt eingereicht, so ist für diese nicht nochmals der Vertrags- und Verpfändungsstempel zu verwenden. **b**) Böhme, SächsRpflA. 06 165. Ist bei dem Grundbuch eine Urkunde mit Hypothekbestellung eingereicht, diese aber wegen fehlender vormundschaftsgerichtlicher Ge-

nehmigung nichtig und muß deshalb die Bestellung wiederholt werden, so ist trotz wiederholter Beurkundung der Hypothekbestellung nach sächsischem Gesetz der Stempel nur einmal zu entrichten; stempelpflichtig ist aber die letzte gültige Urkunde, der für die erste, nichtige Urkunde entrichtete Stempel ist zu erstatten.

§ 1832. * Fuchs. a) (84 ff.) Die Genehmigung des Gegenvormundes ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. AA. Breit, ZBlFG. **4** 570, Schmid das. **3** 266. Sie ist aber auch keine obrigkeitliche Anordnung. AA. Vonschott, GruchotsBeitr. **49** 15; Glatzer eb. 115; v. Blume Note 1 zu § 1832. Sie stellt sich vielmehr als eine Handlung dar, die der Gegenvormund in seiner Eigenschaft als Hilfsorgan der Vormundschaft vornimmt. Im Ergebnis zust.: v. Staudinger-Engelmann Note 4 zu § 1832. (S. JDR. **3** zu § 1821 I 1, und **4** zu § 1821 I 4 d.) b) (88.) Knüpft der Gegenvormund die Erteilung der Genehmigung an Bedingungen, so kann sich der Vormund die Genehmigung durch das Gericht ersetzen lassen. Letzteres ist auch dann gestattet, wenn der Gegenvormund die Mitwirkung verweigert, wenn er tatsächlich an der Mitwirkung verhindert ist, überhaupt, wenn irgendein Ausnahmefall vorliegt. c) (88.) In der Verweigerung der Genehmigung kann niemals eine Pflichtwidrigkeit liegen, wohl aber in der Erteilung. Geschieht allerdings die Weigerung aus einem niederen Motiv, so ist Entlassung angezeigt. d) (88). Das Gericht hat nicht das Recht, dem Gegenvormund eine bestimmte Anweisung hinsichtlich der Ausübung des Genehmigungsrechts zu erteilen. AA. anscheinend v. Staudinger-Engelmann Note 3 zu § 1812. Nur zur Mitwirkung überhaupt darf es ihn anhalten. Denn die Weigerung der Mitwirkung ist Pflichtwidrigkeit. e) (92.) Auf die Genehmigung des Gegenvormundes sind analog die für eine privatrechtliche Willenserklärung geltenden Vorschriften anzuwenden. So bezüglich des BG. die herrschende Meinung. f) (94.) Anfechtbar ist nur die Genehmigung, nicht das Grundgeschäft. AA. (bez. BG.) Breit, ZBlFG. **4** 594, Schultheis, BR. 98, vgl. JDR. **4** zu § 1821 I Ziff. 4 u. **3** zu § 1821 I 7. Zur Anfechtung berechtigt ist lediglich der Vormund. g) (96 f.) Verweigert der Gegenvormund seine Genehmigung und teilt der Vormund die Weigerung dem Gegner mit, so kann das Vormundschaftsgericht nicht mehr genehmigen.

§ 1835. **a)** BayObLG., R. **06** 386. Ein Streit zwischen dem Vormund und einem Dritten über den Ersatz von Auslagen, die dieser für den Mündel gemacht hat, ist im ordentlichen Rechtsweg auszutragen. **b)** Meyer Note 1 zu § 1835. Keine Entschädigung für Zeitversäumnis. S. JDR. **4** zu § 1835 Ziff. 1.

§ 1836. 1. Bedeutung der Festsetzung. **a)** Altmann, ZBlFG. **6** 558 ff. Durch die Bewilligung des Honorars wird dem Vormund für die Vergangenheit ein festes Recht gewährt, das nötigenfalls im Prozeßweg zu verfolgen ist; dies einmal erworbene Recht kann im Prozeßweg weder seiner Existenz noch seiner Höhe nach streitig gemacht oder entzogen werden, Nachprüfung durch das Prozeßgericht ist ausgeschlossen, nur Beschwerdeweg nach § 20 FGG. S. JDR. **3** zu § 1836 Ziff. 1a. **b)** Unger, BuschsZ. **36** 31 Note 85. Nicht beizustimmen ist Rausnitz 6a zu § 18, daß die Aufhebung der Festsetzung einer Vergütung für den Vormund, Josef, Kap. 19 A 2, 143, daß die Aufhebung der Verwilligung einer Vergütung für den inzwischen als untreu erkannten Vormund, ferner die Aufhebung der Festsetzung des Auslagenersatzes an Verwandte (§ 1847) ex tunc wirke.

2. Vergütung als Ausnahme. R. **06** 565 (KG.). Die Führung der Pflegschaft ist nach § 1836 Abs. 1 grundsätzlich unentgeltlich, Vergütung nur ausnahmsweise zu gewähren; für eine solche Gewährung liegt dann kein Grund vor, wenn der Pfleger für die Tätigkeit, die er im Interesse seines Pflegeramtes

entwickelt hat, schon von anderen Personen eine angemessene Vergütung erhält oder beansprucht, z. B. bei dem Nachlaßpfleger, der nicht nur als solcher, sondern zugleich als Bevollmächtigter dritter Erbschaftsanwärter die Erbenermittelung betrieben hat. S. JDR. **1** zu § 1836 Ziff. 2.

3. Vergütung für Mitvormund, der Gegenvormund ist. *Fuchs 107 f. Führen mehrere Vormünder die Vormundschaft nach bestimmten Wirkungskreisen und ist der eine Vormund zum Gegenvormund des anderen bestellt, so kann, wenn die Voraussetzungen für eine Honorarbewilligung überhaupt vorliegen, sowohl das Honorar als Vormund wie als Gegenvormund verlangt werden.

4. Zeitgrenze der Befugnis des Gerichts (s. JDR. **4** zu § 1836 Ziff. 2). **a**) BayObLG. **6** 749, ZBlFG. **6** 886, OLG. **12** 350, SeuffBl. **06** 483, SeuffA. **61** 408, R. **06** 184, BayRpflZ. **06** 124, DJZ. **06** 1212 (BayObLG.). Der Anspruch auf eine Vergütung wird durch die dieselbe bewilligende Verfügung erst geschaffen; das Vormundschaftsgericht hat nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, ob eine Ausnahme von der Regel des § 1836, der unentgeltlichen Amtsführung eintreten soll. Die Beendigung der Vormundschaft nach § 1882 hindert nur eine Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts in Angelegenheiten, deren Ordnung jetzt Sache des bisherigen Mündels ist; es bleibt aber befugt und verpflichtet zur Ordnung einer Angelegenheit, die nur von ihm geordnet werden kann. Hierhin gehört die Bewilligung einer Vergütung, über welche nur das Vormundschaftsgericht entscheiden kann und nach pflichtmäßigem Ermessen entscheiden muß; der bisherige Mündel könnte nur eine freigebige Zuwendung machen. **b**) Zustimmend Unger, BuschsZ. **36** 69. Das Vormundschaftsgericht hat so lange tätig zu sein, als Geschäfte, die das Gesetz ihm aufträgt, zu erledigen sind, mag ein der vormundschaftlichen Vertretung Bedürftiger schon oder noch vorhanden sein oder nicht. Das Beschwerdegericht hat auf Anträge um Abänderung der erstinstanzlichen Verfügungen Entschließung zu fassen, solange solche Verfügungen vorliegen (vgl. JDR. **4** zu § 1836 Ziff. 2b). Die Beendigung der Vormundschaft kann jedoch die Angelegenheit, z. B. Erteilung obervormundschaftlicher Genehmigung, gegenstandslos und damit die sachliche Beschwerdeentscheidung überflüssig machen. **c**) Die JDR. **4** zu § 1836 Ziff. 2b mitgeteilten Entscheidungen des KG. finden sich auch SchlHolstAnz. **06** 202 und 201. **d**) Planck (3) Note 11 zu § 1836 schließt sich der Ansicht des KG. an, daß auch nach beendeter Vormundschaft noch eine Vergütung zugebilligt werden kann.

5. Honorar für Geschäfte nach beendeter Vormundschaft. LG. München I, BayRpflZ. **06** 299. Ein Vormund, der nach dem Tode des Mündels Geschäfte im Bereich der bisherigen Vormundschaft, jedoch ohne Gefahr im Verzug und Verhinderung der Erben vornimmt, kann dafür nicht mehr ein Honorar nach § 1836, sondern nur Vergütung als Geschäftsführer beanspruchen. Der nach § 1893 anwendbare § 1683 setzt auch der Berechtigung des Vormundes eine feste Grenze.

6. Beschwerde. Unger, BuschsZ. **36** 724. Beschwerde bei Verweigerung der Anerkennung des vom Vormund in Rechnung gesetzten Honorars zulässig, wenn darin die Verweigerung der Bewilligung der Vergütung liegt.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. 1. Selbständigkeit des Vormundes und Aufsichtsrecht. insbesondere Verschulden als Voraussetzung des Einschreitens, **a**) Planck (3) Note 1 aE. zu § 1837 führt gegen v. Blume, JDR. **4** zu § 1837 Ziff. 1a, aus, daß, wenn das Gericht befugt ist, dem Vormund eine bestimmte Maßregel als unzweckmäßig zu verbieten, es auch befugt sein muß, eine bestimmte

Maßnahme zu befehlen, da es nach § 1837 gegen Pflichtwidrigkeiten durch Gebote und Verbote einschreiten kann. **b)** KG., RJA. **6** 257, ZBlFG. **6** 795, R. **06** 523, OLG. **12** 351. Pflichtwidrigkeit setzt nicht nur objektiv falsches, sondern subjektiv tadelnswertes, schuldhaftes Verhalten voraus. (Sprachgebrauch; Mot. IV 1026; Gegenüberstellung des pflichtwidrigen Verhaltens und der objektiven Gefährdung im § 1886.) **c)** Die JDR. **4** zu § 1837 Ziff. 1e mitgeteilte Entscheidung des OLG. Colmar findet sich auch ElsLothJZ. **06** 70. **d)** KG., ZBlFG. **7** 62, RJA. **7** 3, KGBl. **06** 20, SchlHolstAnz. **06** 90, R. **06** 639, KGJ. **31** A 3. Auch ein gegen das Gesetz verstoßender Beschluß des Vormundschaftsgerichts (z. B. Verkehrsregelung in Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht dazu nicht befugt ist) ist für den Vormund bindend, solange er besteht, und durch Ordnungsstrafen durchführbar.

2. Einzelfälle der Betätigung des Aufsichtsrechts. OLG. **12** 346 (KG.). Das Gericht hat gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten. Wird der geistesschwache Mündel durch Unterlassen der nötigen Beaufsichtigung in seiner Sicherheit gefährdet, so ist aber, auch wenn man die Beaufsichtigung zu den Geschäften des Pflegers rechnet, nur anzuordnen, daß der Pfleger geeignete Schritte zur Verhütung fernerer Gefährdung tue, die Wahl der Maßregeln jedoch als Zweckmäßigkeitsfrage zunächst dem Pfleger zu überlassen: Unterbringung in eine Irrenanstalt ist nicht die einzige gebotene Maßregel, beim Mangel der Gemeingefährlichkeit kann auch Unterbringung in eine andere Anstalt oder Privatpflege ausreichen.

3. Keine Anweisung zur Geltendmachung von Mündelansprüchen. **a)** AG. Stuttgart (Stadt), WürttZ. **06** 112. Da das Vormundschaftsgericht nur gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes einzuschreiten hat, also gegen schuldhaftes Verhalten, so kann es nicht ohne weiteres und unterschiedslos dem Vormund aufgeben, von dem Vater des unehelichen Mündels eine Urkunde im Sinne des § 1718 BGB. und des § 794 Ziff. 5 ZPO. unter Klagandrohung zu verlangen, namentlich nicht, wenn der Vater das Kind privatrechtlich anerkennt, die Unterhaltsraten zahlt und seiner Persönlichkeit und seinen Verhältnissen nach nicht zu erwarten ist, daß er sich künftig seinen Verbindlichkeiten entziehen wird. Siehe JDR. **4** zu § 1837 Ziff. 3. **b)** HessRspr. **7** 4 (LG. Gießen). Gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes hat das Gericht einzuschreiten, aber in den Wirkungskreis des Vormundes einzugreifen und ihm bindende Anweisungen zu erteilen, ist das Gericht nur in besonders vorgesehenen Fällen (§§ 1821, 1822, 1823, 1810) befugt, von diesen Spezialfällen abgesehen, ist es dazu selbst dann nicht befugt, wenn der Vormund es selbst wünscht und beantragt, z. B. eine Anweisung zur Zahlung einer Schuld des Mündels.

4. Ordnungsstrafe. KGJ. **32** A 45 (KG.). Die Ordnungsstrafe ist ihrem Charakter nach Zwangsmittel gegen Ungehorsam und deshalb unzulässig, soweit die Nichtbefolgung schuldhaft ist.

§ 1839. R. **06** 54 (Celle). Das uneheliche Kind hat keinen klagbaren Anspruch gegen die Mutter auf Namhaftmachung seines Erzeugers. S. JDR. **3** zu § 1839 Ziff. 1.

§ 1841. WürttZ. **05** 365 werden Vorschläge zur Vereinfachung und Erleichterung der Rechnungsstellung gemacht.

§ 1842. *Fuchs, a) (76 ff.) Anstände, die sich bei Prüfung des Vermögensbestandes ergeben, sind nur dann in die Bemerkungen aufzunehmen, wenn sie unmittelbar auf die Rechnung Bezug haben; dies trifft aber dann nicht zu, wenn der Vormund seiner Hinterlegungspflicht (§ 1814) nicht nachgekommen ist. AA. v. Staudinger-Engelmann Note 2 zu § 1842, Planck-Unzner (3) Note 2 § 1842; wohl auch Hesse Note 3 § 1842. b) (78.) Es genügt nicht,

daß der Gegenvormund die Rechnung nur unterschreibt. Gibt die Rechnung dem Gegenvormund zu Bemerkungen keinen Anlaß, so hat er dies ausdrücklich zu erklären. AA. Schröder-Mugdan 329. c) (80.) Im Falle einer tatsächlichen Verhinderung des Gegenvormundes ist zu unterscheiden, ob er nur auf Grund der vom Richter eingeräumten Fakultas oder deshalb bestellt wurde, weil eine erhebliche Vermögensverwaltung vorlag und noch vorliegt und nicht mehrere gemeinschaftlich verwaltende Vormünder vorhanden sind. Im ersteren Falle steht das Verhindertsein dem Nichtvorhandensein gleich. Im letzteren Falle hat bei kürzerer Verhinderung der Vormund mit der Einreichung zu warten, bei längerer Verhinderung aber Entlassung und Neubestellung des Gegenvormundes zu erfolgen. Teilweise glM. Schröder-Mugdan 341. d) (78). Die dem Gegenvormund auferlegte Prüfungspflicht ist, genau wie die Pflicht des Vormundes zur Rechnungslegung, lediglich eine öffentlich-rechtliche gegenüber dem Vormundschaftsgericht, nicht auch eine privatrechtliche dem Mündel gegenüber. S. JDR. **1** u. **3** zu § 1840.

§ 1844. Gräsel, ThürBl. **53** 224. Mitteilung aus der amtsgerichtlichen Praxis. Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund zur Leistung der nach Art und Umfang bestimmten Sicherheit anhalten, aber auch im Wege der Rechtshilfe zur Durchführung seiner Anordnung gegenüber einem auswärtigen Vormund die Tätigkeit eines anderen Gerichts in Anspruch nehmen, ein allgemeines Ersuchen aber, alles vorzunehmen, was zur Sicherheit des Mündelvermögens erforderlich erscheint, ist unzulässig.

§ 1847. PosMschr. **06** 61 (LG. Königsberg). Verwandte oder Verschwägerte des Mündels, die nach § 1847 Abs. 2 gehört sind, können Ersatz aus der Staatskasse nicht verlangen, sondern nur von dem Mündel (nötigenfalls im Klagewege nach Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht). Wird aber eine nicht verwandte oder verschwägerte Person zu ihrer Vernehmung von dem Vormundschaftsgericht geladen, ohne daß ersichtlich ist, unter welcher Verwarnung oder zu welchem Zwecke die Ladung erfolgt, und wird sie demnächst als Zeuge vernommen, so hat sie Anspruch auf Zeugengebühren (§§ 12, 15 FGG., 401 ZPO.).

§ 1848. *Fuchs 32. Da dem Vormund ein Beschwerderecht gegen die Verfügung zusteht, durch die sein Antrag auf Bestellung eines Gegenvormundes abgelehnt wird, so tritt, falls der Richter die Bestellung eines Gegenvormundes unterlassen hat, obwohl ein solcher hätte bestellt werden sollen, und hierdurch dem Mündel ein Schaden erwachsen ist, die Schadensersatzpflicht des Richters nur ein, wenn der Gebrauch des Rechtsmittels ohne Verschulden unterblieben oder der Schaden eingetreten ist, während die Entscheidung über das Rechtsmittel schwebte. S. JDR. **4** zu § 1848.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Dennler, Der Gemeindewaisenrat in Bayern. Erlangen 1906.

§ 1849. 1. Stellung des Gemeindewaisenrats gegenüber dem Gericht. **a)** Dennler 1 ff. Der Gemeindewaisenrat steht nicht dem Gericht als eine untere Instanz gegenüber und ist auch nicht der Dienstaufsicht des Gerichts unterstellt (s. 51: Aufsicht der Verwaltungsbehörden). **b)** Planck (3) vor §§ 1849 ff. Note 2. Der Gemeindewaisenrat steht als Hilfsorgan des Vormundschaftsgerichts nicht neben diesem, sondern unter ihm; aber er ist nicht untere Instanz in dem Sinne, daß er selbständige Entscheidungen zu treffen hätte, sondern er hat nur eine unterstützende und anregende Tätigkeit zu entfalten. Die Aufsichtsführung wird durch Landesrecht geregelt. **c)** Meyer Note 2 zu § 1849. Der Gemeindewaisenrat ist ein jedem Vormundschafts-

gericht, bei welchem eine Vormundschaft über eine im Bezirke des Waisenrats wohnende Person besteht, untergeordneter Gemeindebeamter, der niemals zu entscheiden, sondern nur Anzeige und Berichte zu erstatten und bei Vormundsbestellung mitzuwirken hat. S. JDR. **4** zu § 1849 sub a.

2. Dennler 69. Die Waisenpflegerin hat keine selbständige Stellung; sie unterstützt den Gemeindewaisenrat, steht unter dessen Leitung und verkehrt nur durch dessen Vermittelung mit dem Vormundschaftsgericht und anderen Behörden.

3. Zuständigkeit. Dennler. Die Zuständigkeit des Gemeindewaisenrats bestimmt sich immer nach dem Aufenthaltsort des Mündels, weil die hauptsächlich ihm obliegende Aufsicht über die Personensorge da geführt werden muß, wo der Mündel sich befindet. Seine Aufgaben zerfallen in: Vorschlags-, Überwachungs-, Anzeige- und Auskunftspflicht. S. JDR. **1** zu § 1849 Ziff. 2.

4. Haftung. Dennler 49 ff. Die Haftung des Gemeindewaisenrats bestimmt sich nach §§ 823 ff. S. JDR. **2** zu § 1849 Ziff. 1 a u. **1** zu § 1849 Ziff. 1 b.

5. Beschwerderecht. Dennler 50. Der Gemeindewaisenrat ist im Interesse des Mündels zur Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts auf Grund des § 20 und des § 57 Nr. 9 FGG. berechtigt. S. JDR. **4** zu § 1849 zu a.

§ 1850. 1. *Fuchs 121. Der Gegenvormund unterliegt nicht der Aufsicht des Gemeindewaisenrats. AA. Eise 77. (S. JDR. **2** zu § 1849 Ziff. 1 b.)

2. Dennler 33. Die Überwachungspflicht erstreckt sich auf alle im Bezirke des Gemeindewaisenrats sich aufhaltenden Mündel, auch auf die, welche sich in staatlichen oder städtischen Waisenanstalten befinden. S. JDR. **1** zu § 1850 Ziff. 1 b.

§ 1851. Dennler 59 empfiehlt mit Rücksicht darauf, daß ein bei dem Gemeindewaisenrat des bisherigen Aufenthaltsorts abgemeldeter Mündel in dem angeblichen neuen Aufenthaltsort oft nicht eintrifft, den Gemeindewaisenräten, sich über den Zugang gemeldeter Mündel zu vergewissern und in jedem Falle dem Waisenrate, der die Anzeige erstattet hat, Mitteilung zu machen, wie es in Elsaß-Lothringen vorgeschrieben sei.

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1852. *Fuchs. a) (44.) Die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem befreiten Vormund (§ 1852) oder neben dem Vater oder der Mutter als Vormündern ihrer volljährigen Kinder (§§ 1903, 1904) ist stets gültig, da darin eine dem Vormundschaftsgericht zustehende Außerkraftsetzung (§ 1857) der Befreiung liegt. Gegen die die Bestellung anordnende Verfügung steht jedoch dem Vormund und den berufenen übergangenen Gegenvormündern ein Beschwerderecht zu. S. JDR. **4** zu § 1852 zu b. b) (90.) Haben der Vater oder die Mutter bei Benennung eines Vormundes zwar nicht die Bestellung eines Gegenvormundes ausgeschlossen, wohl aber angeordnet, daß der Vormund den in §§ 1810, 1809 aufgeführten Beschränkungen nicht unterliegen und zu den im § 1812 bezeichneten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Gegenvormundes nicht bedürfen soll, so findet eine Mitwirkung des Gegenvormundes nicht statt, selbst wenn ein solcher vorhanden ist. S. JDR. **1** zu § 1852 Ziff. 3 c.

§ 1854. *Fuchs 81. Entdeckt der Gegenvormund bei Prüfung des Vermögensbestandes Pflichtwidrigkeiten, so hat er diese nur dann in den Bemerkungen niederzulegen, wenn durch sie eine Unstimmigkeit der Übersicht herbeigeführt wird. S. JDR. **1** zu § 1854 Ziff. 3.

VI. Familienrat.

§ 1858. Planck (3) Note 1 vor § 1858. Die Einsetzung eines Familienrats kann für die Pflegschaft erfolgen, die über ein der elterlichen Gewalt unterworfenes Kind angeordnet ist. Aus § 43 FGG. ergibt sich dann aber, daß der für die Pflegschaft eingesetzte Familienrat zugleich als Vormundschaftsgericht für sonstige Verrichtungen bezüglich dieses Kindes zuständig ist. S. IDR. **3** u. **4** zu § 1858.

§ 1859. MecklZ. **24** 340 (LG. Schwerin). Für die Einsetzung eines Familienrats liegt nur dann Anlaß vor, wenn nach Lage des Falles anzunehmen ist, daß die aus dem Richter und als Mitglieder berufenen Angehörigen zusammengesetzte Behörde die Sorge für Person oder Vermögen besser wahrnehmen wird als der Richter allein, eine Voraussetzung, die bei besonders schwierigen und verwickelten Verhältnissen ausnahmsweise gegeben sein kann, während die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts die gesetzliche Regel bildet, bei welcher es in einfachen und klaren Verhältnissen bewendet. Die Einsetzung des Familienrats soll aber nicht dazu dienen, den den Verwandten unbequemen Vormundschaftsrichter, dessen Tätigkeit angeblich dem Mündelinteresse nicht entspricht, zu überstimmen und so ausschalten zu können. S. IDR. **2** zu § 1859 Ziff. 2.

§ 1860. Planck (3) Note 4 zu § 1860. Sind mehr als 6 Mitglieder bestellt, so sind die Überzähligen (d. s. die zuletzt bestellten) als Ersatzmitglieder zu behandeln. S. IDR. **4** u. **3** zu § 1860.

§ 1863. **a**) Planck (3) Note 2 zu § 1863. Mehr als zwei Ersatzmitglieder dürfen nicht bestellt werden. S. IDR. **4** zu § 1863. **b**) Planck (3) Note 3 zu § 1863. Ist beim Wegfall eines ordentlichen Mitgliedes ein Ersatzmitglied vorhanden, so tritt dies in den Familienrat ein, es ist kein neues Mitglied zu bestellen. S. IDR. **1** zu § 1863.

§ 1872. Josef, BuschsZ. **35** 554. Wenn ein Familienrat bestellt ist, aber das Vormundschaftsgericht den Vormund bestellt hat, so ist dieser gar nicht Vormund geworden; denn, da der Familienrat die Befugnisse des Vormundschaftsgerichts hat, war das Vormundschaftsgericht zur Vormundsbestellung gar nicht zuständig. Soweit die sachliche Zuständigkeit in Betracht kommt, steht anderen Gerichten die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit einer im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erlassenen Verfügung zu. S. IDR. **1** zu § 1872 Ziff. 3.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Von den Beendigungsgründen sind die Unterbringung in die Anstalt zur Zwangserziehung und die Legitimation durch nachfolgende Ehe in ihrem Einfluß auf Vormundschaft und vormundschaftliches Amt erörtert worden, ferner die Entlassung des Vormundes, deren Gründe und Folgen, insbesondere als eine den Herausgabeanspruch nach § 1890 unbedingt begründende Maßnahme. Unter den Folgen der Beendigung der Vormundschaft ist die Frage, ob die Einreichung der Schlußrechnung vom Vormundschaftsgericht erzwungen werden kann, in der Rechtsprechung und besonders in der Literatur behandelt; auch die Form der Beurkundung des Anerkenntnisses der Schlußrechnung ist untersucht worden.

Literatur: Adam, Kann der Vormund auch nach Entlassung aus seinem Amte durch Ordnungsstrafen zur Legung der Schlußrechnung angehalten werden? DJZ. **06** 590. — Blessing, Rechnungslegung nach Beendigung der Vormundschaft, WürttZ. **05** 377. — Hansen, Wird die Vormundschaft nach sachs.-weim. Recht durch Unterbringung des Zwangszöglings in eine Erziehungs- oder Zwangsanstalt beendet? ThürBl. **53** 161 ff. — Josef, Zwei Zweifelsfragen aus dem Urkundenrecht, GruchotsBeitr. **50** 624 ff. — Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcivPr. **98** 372 ff.

§ 1882. Hansen, ThürBl. **53** 161 ff. Mit der Unterbringung des Zwangszöglings in der Anstalt tritt nach § 209 WeimAGBGB. die Vormundschaft des Anstaltsvorstandes ein; damit endet zwar das Amt des bisherigen Vormundes, aber nicht die Vormundschaft und deshalb auch nicht die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts.

§ 1883. 1. Riezler, ACivPr. **98** 386. Das Kind steht vom Zeitpunkt der Eheschließung der Eltern bis zu der gemäß § 1883 Abs. 1 unter Umständen erst später eintretenden Endigung der Vormundschaft sowohl unter elterlicher Gewalt als auch unter Vormundschaft; Gewalthaber und Vormund sind kraft Gesetzes gleichmäßig zur Vertretung des Kindes legitimiert (418: de lege ferenda gegen die Vertretungsbefugnis des Gewalthabers in Vermögensangelegenheiten vor Aufhebung der Vormundschaft). (S. JDR. **4** zu § 1883.) — Für den Fall gleichzeitiger widersprechender Handlungen beider Vertreter nimmt Riezler 409 ff. gegen Planck (3) Note 3 zu § 1883, nach dessen Ansicht sich beide Handlungen aufheben, an, daß nach Treu und Glauben zu entscheiden sei, in Verbindung mit dem Satze, daß die Gefahr des Doppelhandelns derjenige zu tragen hat, in dessen Verhältnissen die Möglichkeit des Doppelhandelns beruht.

2. *Kuttner, JheringsJ. **50** 493 f. und 526. Nur die Feststellung der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" beendigt im Falle nachfolgender Legitimation durch Eheschließung ipso jure die bestehende Vormundschaft. Die Feststellung der „unehelichen Vaterschaft nur im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." hat diese Wirkung nicht; es bedarf dann vielmehr einer besonderen Aufhebung der Vormundschaft durch das Vormundschaftsgericht. S. JDR. **3** zu § 1883.

§ 1886. 1. Entlassungsgründe. **a)** BayObLG. **6** 735, DJZ. **06** 715, R. **06** 118 (BayObLG.). Interessengefährdung im Sinne des § 1886 liegt vor, wenn das bisherige Verhalten des Vormundes und dessen Folgen für Person und Vermögen des Mündels auf einen dauernden Interessenwiderstreit schließen und bei Fortführung des Amtes eine Benachteiligung der Mündelinteressen ernstlich befürchten lassen. S. JDR. **4** zu § 1886 Ziff. 1 a, **1** zu § 1886 Ziff. 1. **b)** R. **06** 1139 (BayObLG.). Die unbefugte Aneignung von Mündelvermögen rechtfertigt die Entlassung des Vormundes.

2. Beschwerderecht. **a)** BayObLG. **7** 42, R. **06** 189, SeuffA. **61** 282 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht ist in den Fällen des § 1886 zur Entlassung des Vormundes nur dem Mündel gegenüber, nicht Dritten gegenüber verpflichtet. Deshalb steht der unehelichen Mutter gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, welche die auf Entlassung lautende Verfügung des Vormundschaftsgerichts aufhebt, die weitere Beschwerde nicht auf Grund des § 20 FGG. zu (§ 57[9] FGG. kommt bei der sofortigen Beschwerde nicht zur Anwendung). **b)** Die JDR. **4** zu § 1886 Ziff. 2 b mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch OLG. **12** 213.

§ 1890. Josef, BuschZ. **35** 569. Der wegen Pflichtwidrigkeit entlassene Vormund kann in dem Prozesse auf Herausgabe des Vermögens nicht mit dem Einwand gehört werden, seine Entlassung sei zu Unrecht erfolgt; vielmehr steht für das Prozeßgericht fest, daß er nicht mehr Vormund ist. Dagegen ist in einem Rechtsstreit wegen Schadensersatzes die Feststellung der Pflichtwidrigkeit durch das Vormundschaftsgericht für den Prozeßrichter nicht bindend.

§ 1891. *Fuchs. a) (82.) Nachweisung des Vermögensbestandes kann der Gegenvormund nicht verlangen. b) (82 f.) Da die Rechenschaftsablegung des aus dem Amte scheidenden Vormundes eine privatrechtliche gegenüber dem Mündel ist, muß ein gleiches auch von der Mitwirkung des Gegenvormundes gelten. Sie kann daher seitens des Mündels auf dem Prozeßweg erzwungen werden. Leistung des Offenbarungseids kann jedoch nicht verlangt werden. — Dauert die Gegen-

vormundschaft fort, so stellt sich die Mitwirkung auch als eine öffentlich-rechtliche gegenüber dem Vormundschaftsgericht dar, das bei Weigerung gemäß § 1837 BGB. einzuschreiten hat. c) (119.) Die Auskunft ist zu erteilen dem Mündel (bzw. dessen Rechtsnachfolger oder jetzigem gesetzlichen Vertreter), der im Falle der Weigerung den Prozeßweg beschreiten kann. Besteht die Gegenvormundschaft weiter, so ist auf Grund seines Aufsichtsrechts (§ 1837) und der Vorschrift des § 1839 auch das Vormundschaftsgericht berechtigt, von dem Gegenvormund Auskunft zu verlangen. S. JDR. **1** zu § 1891.

§ 1892. 1. Zwang. **a**) KG., RJA. **7** 85, KGJ. **32** A 53, ZBlFG. **7** 121, R. **06** 956, DJZ. **06** 1320, PosMschr. **06** 112. In Ermangelung einer außergerichtlichen Einigung zwischen Vormund und Mündel hat das Vormundschaftsgericht den Vormund zur Einreichung der Schlußrechnung anzuhalten, die dieser in Erfüllung seiner Amtspflicht zu legen hat, und es hat die Rechnung, selbst wenn es die Vermittelung der Abnahme für aussichtslos hält, rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und die Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten zu vermitteln. Insoweit ist daher sowohl eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts wie deren Erzwingung durch Ordnungsstrafen auch noch nach Beendigung der Vormundschaft zulässig und geboten; denn, soweit Vormund und Vormundschaftsgericht auch nach beendeter Vormundschaft zu deren gänzlicher Erledigung amtliche Verrichtungen vorzunehmen haben, greift für diese Verrichtungen das Ordnungsstrafrecht in gleicher Weise Platz wie hinsichtlich der bis zur Beendigung der Vormundschaft zu erfüllenden Aufgaben. **b**) Zustimmend Unger, BuschsZ. **36** 69, Fischer-Henle Note 1 zu § 1892. **c**) Adam, DJZ. **06** 590, bejaht im Anschluß an KG. (zu a) die Zulässigleit von Zwangsmitteln zur Erfüllung der Rechnungslegungspflicht des Vormundes nach beendeter Vormundschaft aus der allgemeinen Erwägung, daß damit obrigkeitlichen Rechten und Pflichten auch die Mittel zur Durchführung gegeben sein müssen. **d**) Für die Zulässigkeit der Ordnungsstrafe Meyer Note 1 zu § 1892. **e**) Blessing, WürttZ. **05** 337. Das Vormundschaftsgericht hat nur die eingereichte Rechnung zu prüfen und abzunehmen, aber keinen Einfluß auf die Einreichung selbst zu üben. Die Rechnungslegungspflicht des Vormundes dem Mündel gegenüber kann nach beendeter Vormundschaft nicht mehr durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, sondern nur im Klagewege. Dem früheren Vormunde gegenüber besteht eine Strafgewalt ebensowenig wie gegenüber seinen Erben. Wird die Rechnung nicht eingereicht, so kann das Vormundschaftsgericht nur den volljährigen Mündel über sein Klagerecht belehren. S. JDR. **4** zu § 1892 Ziff. 1.

2. Entlastung. **a**) SchlHolstAnz. **06** 348 (Kiel). Da das BGB. eine „Entlastung“ des Vormundes nicht kennt, so liegt eine durch das Vormundschaftsgericht oder durch ein von diesem ersuchtes Gericht aufzunehmende Erklärung des Mündels, daß er den bisherigen Vormund „entlaste“, außerhalb der vormundschaftgerichtlichen Tätigkeit und ist deshalb unzulässig; der Ablehnung des Ersuchens um diese nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörende Handlung steht § 159 Abs. 2 GVG. nicht entgegen. **b**) Die JDR. **4** zu § 1892 Ziff. 2 b mitgeteilte Entscheidung des OLG. Cassel findet sich auch SeuffA. **61** 20.

3. Beurkundung des Anerkenntnisses. Josef, GruchotsBeitr. **50** 624 ff. Die Beurkundung der vom Mündel dem Vormund erteilten Entlastung liegt dem Vormundschaftsgericht als solchem ob, da es eine Beurkundung im anhängigen Verfahren ist; die Erklärung ist aber eine rechtsgeschäftliche und die Beurkundung hat deshalb in den Formen der §§ 168 ff. FGG. zu erfolgen, wenn auch die Rechtswirksamkeit der Erklärung nicht von der Beobachtung dieser Form abhängt. Entfernt sich der Mündel nach Abgabe, aber vor Beurkundung der

Entlastungserklärung, so hat der Richter den Vorgang lediglich aktenkundig zu machen. S. JDR. **2** zu § 1892 Ziff. 5.

§ 1893. *Fuchs 119 f. a) Der Gegenvormund ist nach Beendigung seines Amtes zur Ausübung seiner Funktionen berechtigt, bis er von der Beendigung Kenntnis erhält oder sie kennen muß. Die Bedeutung dieses Rechtes zeigt sich vor allem in vier Punkten: α. Führt der Gegenvormund gutgläubig sein Amt fort, so kann er Ersatz seiner Aufwendungen nach § 1835 Abs. 1 verlangen. β. Übt der Gegenvormund gutgläubig sein Genehmigungsrecht aus, so ist das Rechtsgeschäft (vorausgesetzt, daß auch der Vormund noch handeln durfte) für den Mündel und den Dritten rechtsverbindlich, wenn nur der Dritte bei Vornahme des Rechtsgeschäfts oder bei Mitteilung der Genehmigung gutgläubig war. γ. Verfolgt der Gegenvormund gutgläubig Beschwerde, so darf diese nicht wegen mangelnder Legitimation als unzulässig zurückgewiesen werden. (S. JDR. **3** zu § 1893 Ziff. 1a.) δ. Die Haftung des Gegenvormundes richtet sich, solange er gutgläubig sein Amt versieht, nach der Vorschrift des § 1833. (S. JDR. **3** zu § 1893 Ziff. 1b.) b) Der § 1683 dürfte dann anzuwenden sein, wenn mit dem Aufschub der Genehmigung Gefahr verbunden, der Erbe zur Erteilung außerstande und der Gegenvormund bereit ist, die Genehmigung zu erteilen. Die Genehmigung ist hier rechtswirksam und der Gegenvormund berechtigt, Ersatz seiner Auslagen zu fordern.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1896. **a)** Planck (3) Note 1 zu § 1896. Für die Entmündigung wegen Geisteskrankheit muß, da die Entmündigung in der Regel erst mit der Vormundsbestellung wirksam wird (§ 661 ZPO.), „entmündigt" = „die Entmündigung ausgesprochen" sein. Da der Entmündigungsbeschluß bis zur Zustellung an das Vormundschaftsgericht oder den Dritten (§§ 659, 660, 683 ZPO.) geändert werden kann, so genügt nicht die bloße Erlassung des Beschlusses, derselbe muß vielmehr gemäß §§ 660, 683 Abs. 2 ZPO. dem Vormundschaftsgerichte mitgeteilt sein. **b)** v. Blume Note 2b zu § 1896. Vormundschaftsanordnung, nachdem der Entmündigungsbeschluß wegen Geisteskrankheit ergangen ist. S. JDR. **4** zu § 1896 Ziff. 1a.

§ 1901. 1. Erziehung. Meyer Note 1 zu § 1901. Vormund hat kein Erziehungs- und Züchtigungsrecht. S. JDR. **2** zu § 1901 II 1.

2. Aufenthaltsbestimmung. Bernhöft, Familienrecht 251. Der Vormund kann nicht den Aufenthalt eines Verschwenders bestimmen, wenn dies nicht etwa im Interesse der Sparsamkeit nötig ist.

§ 1904. Planck (3) zu § 1904 Ziff. 2d. Die Befreiung kommt der Mutter nicht zu, wenn sie nach der Ehescheidung zum Vormund bestellt wird (arg. § 1685). Wird sie dagegen während der Ehe, etwa wegen Ablehnung seitens des Vaters, Vormund, so hat sie die befreite Stellung. S. JDR. **4** u. **3** zu § 1904.

§ 1906. 1. Rechtmäßige Einleitung des Entmündigungsverfahrens als Voraussetzung. **a)** Josef, BuschsZ. **35** 542, tritt der JDR. **1** zu § 1906 Ziff. 2c mitgeteilten Entscheidung des KG. bei, daß das Vormundschaftsgericht vor Einleitung der vorläufigen Vormundschaft die Rechtmäßigkeit des von dem Entmündigungsgericht erlassenen Einleitungsbeschlusses nicht zu prüfen habe. S. JDR. **4** zu § 1901 Ziff. 1a. **b)** Levis, Das internat. Entmündigungsrecht 217. Wenn das Entmündigungsverfahren zu Unrecht eingeleitet ist, z. B. weil der Ausländer seinen Wohnsitz nicht im Inlande hat, dann darf der Vormundschaftsrichter keine vorläufige Vormundschaft anordnen. Es ist zwar nicht Sache des Vormundschaftsrichters, über die Berechtigung der Einleitung des

Entmündigungsverfahrens an sich zu entscheiden (vgl. KGJ. **21** A 209, JDR. **1** zu § 1906 Ziff. 2c); aber die Voraussetzungen des Entmündigungsverfahrens sind eben hier zum Teil auch Voraussetzungen der vorläufigen Vormundschaft; diese hat der Vormundschaftsrichter selbständig nochmals nachzuprüfen.

2. Beginn der Wirksamkeit. Josef, BuschsZ. **35** 539, bespricht die JDR. **3** zu § 1906 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des RG. mit demselben Ergebnis wie in DNotV. **05** 349 ff. (JDR. **4** zu § 1906 Ziff. 2).

3. Folge örtlicher Unzuständigkeit. KG., R. **06** 252. Der für Vormundschaften im allgemeinen ausgesprochene Grundsatz (JDR. **4** zu § 1774 Ziff. 3), daß im Falle der sachlich zutreffenden Einleitung einer Vormundschaft eine Beschwerde wegen örtlicher Unzuständigkeit mit dem Ziele der Aufhebung des bisherigen Verfahrens oder der Vormundschaft überhaupt unzulässig ist, sondern nur Abgabe an das zuständige Gericht zur Weiterführung erreicht werden kann, gilt auch für vorläufige Vormundschaften.

4. Beschwerde. Entgegen dem Beschlusse des KG., OLG. **7** 207 (JDR. **2** zu § 1906 Ziff. 5), aber übereinstimmend mit KGJ. **21** A 3 (KG.) kommt Josef, ZBl. FG. **6** 841 ff., zu dem Ergebnisse, daß gegen den Beschwerdebeschluß, der die vom Amtsgericht angeordnete vorläufige Vormundschaft aufhebt, die weitere Beschwerde nur als sofortige stattfindet, indem er dies aus der Fassung des § 29 Abs. 2 FGG. und der Absicht des Gesetzes, feste Rechtsverhältnisse zu schaffen, folgert.

§ 1908. Riezler, ACivPr. **98** 375. Hebt das Beschwerdegericht eine Verfügung auf, durch die ein Volljähriger unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird, so kann nach § 61 FGG. die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des Volljährigen auf Grund der aufgehobenen Verfügung nicht in Frage gestellt werden; die Aufhebung hat aber auch auf die Rechtsgeschäfte des gesetzlichen Vertreters keinen Einfluß, die Bestimmung des § 115 Abs. 1 Satz 2 ist im § 61 FGG. ergänzend hinzuzudenken und anzuwenden. Es kann demnach konkurrierendes und kollidierendes Handeln des vorläufigen Vormundes und des Vertretenen in Frage kommen. S. JDR. **4** zu § 1908.

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Die Pflegschaft im allgemeinen betreffend ist die Frage, ob die Pflegschaftsfälle in den Einzelbestimmungen des Titels erschöpfend geregelt sind, mit besonderer Beziehung auf den vom RG. zugelassenen „Prüfungspfleger" behandelt worden.

Unter den den § 1909 berührenden Gegenständen der Erörterung ist der Umfang der Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Bestellung eines Pflegers für einen Rechtsstreit hervorzuheben, ferner Sonderfälle des württembergischen Landesrechts.

Im Bereiche des § 1910 sind die Möglichkeit der Pflegschaft im Falle der Geisteskrankheit und die Voraussetzungen einer Verständigung untersucht worden. Den § 1911 betrifft eine Entscheidung, welche die Bedeutung der Güterpflege im Militärstrafverfahren darlegt. Zu § 1913 interessieren zwei landgerichtliche Beschlüsse, deren einer ein Pflegschaftsbedürfnis bei Herrenlosigkeit eines Grundstücks stets annimmt, während der andere die Pflegschaft zur Veräußerung eines zur Nacherbschaft gehörigen Grundstücks behandelt.

Literatur: Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte, SächsA. **15** 690. — Josef, Das Prüfungsrecht des Vormundschaftsgerichts bei Anordnung einer Pflegschaft zur Vertretung des Pfleglinges in Rechtsstreitigkeiten, ABürgR. **29** 73 ff. — Kuhlenbeck, Einfluß seelischer Störungen auf die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit, ZBlFG. **7** 271 ff. — Levis, Internationales Entmündigungsrecht. Leipzig 1906. — Weegmann, Bedeutung des Art. 83 WürttAGBGB., WürttZ. **06** 65—73.

§ 1909. 1. Prüfungspfleger und Ergänzungspfleger. **a)** KG., RJA. **7** 6, R. **06** 641, ZBlFG. **7** 65, KGJ. **31** A 22. Die Bestellung eines Pflegers lediglich zu dem Zwecke, um zu ermitteln, ob der zur ferneren Ehe

schreitende Elternteil Vermögen verwaltet, das ihm und dem Kinde gemeinschaftlich gehört, ist unzulässig. Bezweifelt der Richter die Angaben des Elternteils, so kann er Aufklärung fordern und Ermittelungen anstellen, auch beim Vorliegen von Tatsachen, die die Angabe des Elternteils als unrichtig erscheinen lassen, die Erteilung des Zeugnisses nach § 1314 verweigern. Pflegschaft ist aber nur beim wirklichen Vorhandensein von gemeinschaftlichem, der Verwaltung des Vaters unterliegendem Vermögen (§§ 1669, 1630 Abs. 2, 1795, 1909), nicht auf die bloße Möglichkeit des Vorhandenseins solchen Vermögens hin anzuordnen. **b)** *Ahsbahs, ZBlFG. **7** 353 f. Aus der Praxis der Bestellung von Abteilungspflegern heraus wird die Ansicht vertreten, daß die Pflegschaftsfälle des BGB. nicht limitativ, sondern exemplifikativ geregelt sind. ➺ Als weiterer Beleg sei das eventuelle Bedürfnis einer Pflegschaft erwähnt, wenn zeitweilig weder Gewalthaber, noch Vormund vorhanden ist. Ferner sei erwähnt, daß das RG. seine Ansicht über den „Prüfungspfleger" in der Entsch. v. 7. 12. 05 (s. o. zu § 1635 Ziff. 3 a α) aufrecht erhält und durch Verweisung auf § 12 FGG. stärker zu stützen glaubt. Der herrschenden Ansicht, die nur den „Ergänzungspfleger" des § 1909 BGB. kennt, gibt § 12 FGG. nicht die Möglichkeit, auch nur im einzelnen Bedarfsfalle einen ungesetzlichen Pfleger zu bestellen. — Glaubt man die Pflegschaftsfälle im BGB. erschöpfend geregelt, so muß man mit dem KG. (s. o. zu a) zur Annahme der Haltlosigkeit des „Prüfungspflegers" gelangen. ⇠

2. Pflegschaft bei Ausschluß des Vaters von der Verwaltung. SeuffBl. **06** 25 (LG. München). Vor Anordnung einer Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 hat das Gericht das Zurechtbestehen der Verfügung des Schenkgebers, bzw. die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung zu prüfen, sowie ferner, welche Vermögensteile der Verwaltung des Gewalthabers entzogen sein sollen; nur insoweit dies der Fall ist, kann das Vermögen der Pflegschaft unterstellt werden. Stellt sich später ein Mangel der Voraussetzungen heraus, so ist das Vormundschaftsgericht jederzeit in der Lage, die Pflegschaft wieder aufzuheben, diese Aufhebung hat bei Streit des Gewalthabers und Pflegers über das Recht zur Verwaltung des Vermögensteils nicht die Wirkung einer Entscheidung über diese strittigen Ansprüche, bekundet vielmehr nur, daß das Gericht auf Grund der Prüfung keinen Anlaß zu vormundschaftsgerichtlicher Tätigkeit mehr findet. S. o. zu § 1628 u. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 1.

3. Pflegschaft zur Prozeßführung. **a)** Josef, ABürgR. **29** 73 ff., erörtert die JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 2a u. **2** zu § 1909 Ziff. 2a mitgeteilten Entscheidungen des BayObLG., OLG. Jena und KG. und gelangt zu dem Ergebnisse: Wenn die Anordnung einer Pflegschaft zur Vertretung des Pfleglinges in einem von ihm oder gegen ihn zu führenden Rechtsstreite beantragt wird, so hat das Vormundschaftsgericht nach Wortlaut und Sinn der §§ 1909, 1913 nur zu prüfen, ob im Falle der Erhebung des Anspruchs seitens des Pfleglinges oder gegen ihn dessen Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter nach §§ 1795, 1630 ausgeschlossen ist, oder ob die Person, die eine Klage zu erheben hat oder verklagt werden soll, unbekannt oder ungewiß ist, es steht ihm aber keine Prüfung der Begründetheit des im Rechtsstreite zu verfolgenden Anspruchs zu. In letzterer Beziehung findet nur dann eine Ausnahme statt, wenn ohne Prüfung des Sachverhalts, also schon nach den eigenen Angaben des Antragstellers oder sonst Beteiligten die Unbegründetheit des zu verfolgenden Rechtes klar liegt; dann ist, ebenso wie beim offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 153 Abs. 2 FGG. und bei offenbarer Ungültigkeit im Art. 40 Abs. 2 PrFGG., die Pflegschaftsanordnung abzulehnen, als eine Maßregel, die offensichtlich einen rechtlichen Erfolg nicht herbeiführen kann. S. JDR. **4** zu § 1909 Ziff. 5a u. **3** zu § 1909 Ziff. 5. **b)** Die JDR. **4** zu § 1909 Ziff. 5a mitgeteilte Entsch.

des OLG. Colmar findet sich auch ElsLothJZ. **06** 76, OLG. **06** 353, PucheltsZ. **06** 161.

4. Landesrechtliche Sonderfälle. **a)** Württemberg. α. Weegmann, WürttZ. **05** 330 ff. Soweit die statutarische Nutznießung nach württ. Recht (Art. 262 AG.) das Kindesvermögen ergreift, bleibt nicht nur die Notwendigkeit einer Pflegschaftsanordnung für die minderjährigen Kinder bestehen, sondern auch die Rechte und Pflichten des Pflegers sind für die ganze Dauer des Rechtsverhältnisses dem früheren Rechte zu entnehmen; das Amt des Pflegers besteht bis zum Ende der Nutznießung oder der Volljährigkeit des Kindes, es endigt weder mit der Vereinbarung des Teilungsaufschubs noch mit der Auseinandersetzung, da immer Fälle eintreten können, die die Tätigkeit des Pflegers erfordern (§§ 1795, 1630 Abs. 2). Beim Teilungsaufschube liegt dem Pfleger insbesondere ob, die Vermögensverwaltung des Nutznießers zu überwachen. S. JDR. **3** zu § 1909 Ziff. 8. β. *Weegmann, WürttZ. **06** 289 ff. Das Bestehen der württ. stat. Nutznießung, mag zwischen dem Nutznießer und den Kindern auseinandergesetzt sein oder nicht, macht stets die Anordnung einer Pflegschaft i. S. des § 1909 erforderlich. γ. Weegmann, WürttZ. **06** 69. Zu der formlosen Anzeige der Miterben an das Nachlaßgericht, daß die Auseinandersetzung nicht stattfinden soll, bedarf es, wenn der Vater Miterbe ist, nicht eines Pflegers für die miterbenden Kinder, da kein Vertragsschluß stattfindet; Pflegschaftsanordnung ist sogar unzulässig. Ein bloß möglicher Interessenwiderstreit rechtfertigt sie nicht. (S. JDR. **1** zu § 1630 Ziff. 2b. δ. Weegmann, WürttZ. **06** 134 ff. Auf Grund des gemäß § 1640 eingereichten Vermögensverzeichnisses hat das Vormundschaftsgericht zu erwägen, ob eine Auseinandersetzung erforderlich ist, und in diesem Falle einen Pfleger zu bestellen. Eine Vertragsbestimmung im Sinne des Art. 36 WürttNotG. (Vereinbarung, daß der künftigen Auseinandersetzung der alsdann sich ergebende Vermögensstand zugrunde zu legen sei) ist in dieser Allgemeinheit nicht mehr zulässig und nur dann erlaubt und nicht genehmigungsbedürftig, wenn sie die Teilnahme der Kinder an der Vermögensmehrung festsetzt; genehmigungsbedürftig wäre die Abrede, daß die Kinder auch durch Verbindlichkeiten, die der Vater für die Gemeinschaft eingeht, wenn auch nur mit dem Erbteile haften sollen. S. JDR. **3** zu § 1909 Ziff. 8 u. **2** zu § 1909 Ziff. 3c.

b) Baden. BadRpr. **06** 211 (LG. Karlsruhe). Weder die Inventarerrichtung nach § 1640 noch die durch das BadRPG. § 46 angeordnete Verzeichnung von Amts wegen sind „Rechtsgeschäfte", deshalb Pflegerbestellung nicht erforderlich. Soweit bei der Auflösung einer badisch-rechtlichen GG. eine tatsächliche Feststellung der Veränderungen in den Vermögensmassen und der die Ersatzansprüche begründenden Vorgänge und Werte in Frage steht, liegt kein Rechtsgeschäft vor, diese Feststellungen bilden nur die notwendige Voraussetzung des Vermögensverzeichnisses. Bei der Gemeinschaftsentschlagung handelt es sich auch nicht um ein Rechtsgeschäft mit dem Gewalthaber, wohl aber kann hier wegen erheblichen Interessengegensatzes Entziehung der Vertretungsmacht und Pflegerbestellung in Betracht kommen. Pflegschaft ist aber erforderlich bei jeder Gemeinschafts- und Erbauseinandersetzung zwischen Vater und Kind und ebenso für die Geltendmachung des eheweiblichen Pfandrechts gegenüber dem Gewalthaber und Herbeiführung der Pfandeintragung, die nicht als Erfüllungsgeschäft angesehen werden kann.

§ 1910. 1. Pflegschaft über entmündigungsreife Geisteskranke. Kuhlenbeck, ZBlFG. **7** 292 ff. Eine Entmündiguug kann, sie braucht nicht in allen Fällen von Geisteskrankheit und Geistesschwäche angeordnet zu werden; der Richter kann sich also auch mit einer bloßen Pflegschaft begnügen, selbst

wenn im übrigen die Voraussetzungen einer Entmündigung gegeben sind, da für ihn auch andere Rücksichten, insbesondere das Interesse des Kranken maßgebend sein sollen. S. JDR. 4 zu § 1910 Ziff. 1.

2. Pflegschaftsbedürfnis für körperlich Gebrechliche. **a**) Breit, SächsA. **15** 690. Ist jemand blind und taub zugleich, so kann er als Adressat einer Erklärung überhaupt nicht fungieren. Es muß deshalb zur Vornahme des Rechtsgeschäfts ein Pfleger bestellt werden. Adressat ist der Vertreter, nicht der Vertretene. **b**) Riezler, ACivPr. **98** 419. Wegen der Gefahr, daß Blinde, Stumme, Taube leicht ausgebeutet werden, wäre eine Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit am Platze, durch Statuierung eines zeitlich begrenzten Widerrufsrechts des Pflegers gegenüber den Willenserklärungen des Pflegebefohlenen.

3. Verfahren. HessRspr. 6 180 (LG. Darmstadt). In dem Antrag auf Pflegschaftsanordnung gemäß § 1910 sind nur die zur Anordnung einer Pflegschaft erforderlichen Tatsachen zu behaupten und die Beweismittel dafür anzugeben, irgendeine Glaubhaftmachung ist aber nicht erforderlich, § 649 ZPO. ist nicht entsprechend anwendbar. Das Gericht hat nach § 12 FGG. von Amts wegen Ermittelungen und Beweiserhebungen zu pflegen.

4. Abs. 3. Verständigung. **a**) RG. 10. 5. 06, JW. **06** 376, BayRpflZ. **06** 340, PosMschr. **06** 96, o. § 104 Ziff. II 1. **b**) Die JDR. **4** zu § 1910 Ziff. 4b mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch BayRpflZ. **05** 305. **c**) OLG. **13** 323 (Dresden). Wie das Gesetz im § 1910 Abs. 2 mit einer auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkten Unfähigkeit zur Besorgung rechnet, so kann auch eine auf einen solchen Kreis beschränkte Unmöglichkeit der Verständigung nicht wohl ausgeschlossen werden, z. B. bei Querulantenwahnsinn hinsichtlich der bei Behörden, namentlich Gerichten wahrzunehmenden Angelegenheiten. **d**) BayObLG. 20. 10. 06, R. **06** 1320. Es kommt darauf an, ob die Willensmeinung, die der geistig Gebrechliche äußert, durch eine vernünftigen Erwägungen folgende Überlegung bestimmt oder von krankhaften Vorstellungen beherrscht wird.

5. Entmündigungsantrag seitens des Pflegers. Levis, Intern. EntmR. 192. Der Pfleger des § 1910 ist kein gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 646 ZPO. und nicht berechtigt, den Entmündigungsantrag zu stellen. S. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 4c.

§ 1911. 1. Güterpflege im Militärstrafverfahren. KG., RJA. **6** 255, ZBlFG. **6** 794, R. **06** 247, OLG. **12** 203. Die im § 360 MStGO. (entsprechend dem § 332 StPO.) vorgesehene Vermögensbeschlagnahme ist lediglich Gestellungsmittel, nicht Sicherungsmittel für staatliche Ansprüche. Die Güterpflege, die wegen der durch die Beschlagnahme bewirkten Verfügungsunfähigkeit des Beschuldigten eingeleitet wird, ist eine Abwesenheitspflegschaft im Sinne des § 1911, die lediglich das Interesse des Abwesenden verfolgt. Die Strafverfolgungsbehörde ersucht deshalb auch nicht das Vormundschaftsgericht um Durchführung des Beschlagnahmebeschlusses im Staatsinteresse, sondern setzt das Vormundschaftsgericht nur von dem Beschlusse und dem dadurch geschaffenen Pflegschaftsbedürfnis in Kenntnis. Deshalb hat die Beschlagnahmebehörde kein Beschwerderecht hinsichtlich der Einleitung der Pflegschaft, insbesondere der Person des Pflegers. § 57 [9] FGG. kommt nicht in Frage, da es sich nicht um Personensorge handelt. S. JDR. **4** zu § 1911 Ziff. 6.

2. WürttZ. **06** 80 ff. (Stuttgart). Es ist nicht anzunehmen, daß das BGB. in das nach württ. Recht bestehende Rechtsverhältnis des Erbschaftserwerbs durch den Abwesenheitspfleger eines noch nicht 70jährigen Verschollenen, der nur durch den Nachweis des früher erfolgten Todes zu beseitigen war, mit einer über

den 1. 1. 00 zurückreichenden Feststellung des Todestages, die ihrerseits nur eine Vermutung begründen soll, hat eingreifen wollen. S. IDR. **4** zu § 1911 Ziff. 2b.

3. SeuffBl. **06** 425 (LG. München I). Das Nachlaßgericht ist nicht beschwerdeberechtigt, wenn sein Antrag auf Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft für einen Miterben abgelehnt wird, da eigene rechtliche Interessen des Gerichts im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 3 FGG. nicht in Frage kommen können.

§ 1913. 1. Die IDR. **4** zu § 1913 Ziff. 3a mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch **RG. 61** 355 ff.

2. Pflegschaft bei Herrenlosigkeit eines Grundstücks. NaumburgAK. **06** 71 (LG. Halle a. S.). Bei jedem herrenlosen (§ 928) Grundstücke ist ein (mittelbar privatrechtlich interessierter) Beteiligter vorhanden, aber vor erfolgter Eintragung unbekannt und ungewiß. Der Fiskus hat nur das Recht, nicht die Pflicht zur Aneignung; bei Weigerung oder Zögerung des Fiskus, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, kann das Grundstück durch Zwangsversteigerung auf den Ersteher als Eigentümer übergehen, so daß der Fiskus überhaupt nicht Eigentümer wird; es liegt also inzwischen Ungewißheit des Beteiligten vor. Die Einleitung der Pflegschaft aus § 1913 ist auch zwecks tatsächlicher Fürsorge statthaft. Die §§ 58, 787 ZPO. sind nur Sonderfälle des § 1913 auf prozessualem Gebiete, § 1913 bietet die Handhabe zur Pflegschaftsanordnung in Fällen, in denen es sich nicht um Klage und Zwangsvollstreckung gegen ein verlassenes Grundstück handelt. Fürsorgebedürfnis ist bei einem verlassenen Grundstück stets gegeben, da es in der Natur der Sache liegt, daß eine bestimmte Person jederzeit vorhanden sein muß, der die Ordnung und Regelung der mannigfachen Verhältnisse des Grundstücks obliegt (Rechtsbeziehungen aus dem Mietverhältnis; Zahlung von Hypothekenzinsen, Steuern und Abgaben; Ausbesserungen; Haftung für Schäden).

3. Pflegschaft zur Veräußerung eines zur Nacherbschaft gehörenden Grundstücks. PuceltsZ. **06** 163 (LG. Düsseldorf). Zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft gehört, daß der befreite Vorerbe bei entgeltlicher Veräußerung eines Grundstücks über dessen Eigentum durch Auflassung verfügen kann, ohne sich selbst vorher als Eigentümer eintragen zu lassen (§§ 2113 Abs. 1, 2136; §§ 40, 41 GBO). In der Verfügung über das Grundstück ohne vorherige Eintragung ist aber selbst der befreite Vorerbe durch das Recht des Nacherben beschränkt (**RG.** DNotV. **05** 661), da es entweder der vorherigen Eintragung des Vorerben unter gleichzeitiger Eintragung der Nacherbenrechte oder der Zustimmung des Nacherben zur Auflassung bedarf. Deshalb besteht nach § 2120 eine gesetzliche Verpflichtung des Nacherben nach Prüfung des der Auflassung zugrunde liegenden Geschäfts, die Einwilligung zur Auflassung zu erteilen. Daher ist für unbekannte Nacherben (Abkömmlinge zur Todeszeit des Vorerben) ein Pfleger zu bestellen.

4. Ersuchen des Nachlaßgerichts um Pflegschaftsbestellung. OLG. **12** 184 (Celle). Wenn das Nachlaßgericht nach der Testamentseröffnung das Vormundschaftsgericht ersucht, für eventuelle Nachkommen einer Erbin gemäß § 1913 einen Pfleger zu bestellen zur Mitteilung des Testaments und zur Wahrung der Rechte, so ist dies kein Rechtshilfefall, sondern nur eine Anregung, über die dem Vormundschaftsgericht die durch § 159 GVG. nicht beschränkte selbständige Entscheidung zusteht.

§ 1914. Kisch, IBl. **07** 4, wendet sich in einer Besprechung des Vormundschaftsrechts von Blumes gegen dessen Konstruktion (IDR. **3** Ziff. 1 zu § 1914): Das Eigentum an den Gaben verbleibt den Spendern als Einzeleigentum, soweit die eine Gabe von der anderen individuell geschieden ist, als Miteigentum,

soweit Vermischung oder Vermengung eingetreten ist (Geld); dies Eigentum, regelmäßig wegen des dinglich wirkenden Verwaltungs- und Nutzungsrechts der Sammler praktisch bedeutungslos, erweist sich wirksam, wenn die Sammler ihr Recht mißbrauchen oder wegfallen, wenn ein Überschuß bleibt oder der Sammelzweck unmöglich wird.

§ 1920. KG., RJA. **7** 79, ZBlFG. **7** 117, R. **06** 954. Geisteskrankheit des Pflegebefohlenen hat nicht allgemein die Nichtigkeit seines Antrags auf Aufhebung der Pflegschaft zur Folge, sondern nur dann, wenn sie ihm die Äußerung eines verständlichen Verlangens auf Pflegschaftsaufhebung unmöglich macht. Sonst stände ihm überhaupt kein Rechtsmittel zu; denn, wenn er nicht antragsberechtigt wäre, so hätte er nach § 59 Abs. 2 FGG. auch kein Beschwerderecht. S. JDR. **3** zu § 1920.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Behringer, Das Erbrecht des BGB. in seinen wichtigsten Bestimmungen unter kurzem Hinweis auf sein Verhältnis zum natürlichen und kirchlichen Rechte. Regensburg 1906. — Hallbauer, Das deutsche Erbschaftsrecht (2). Leipzig 1906. — Herzfelder, Erbrecht (2) (G. v. Staudingers Kommentar, 5. Bd. München 1906). — Koch, Wer ist Erbe? Berlin 1906. — Meyer, Das Erbrecht des BGB. 5. Lfg. Marburg 1906. — Pabst, Grundriß zu Vorträgen über das Erbrecht des BGB. Halle 1906.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922. 1. Binder, GoldschmidtsZ. **59** 40 (insbes. Anm. 73). Unter Vermögen im erbrechtlichen Sinne ist die Summe der geldwerten Rechte einer Person zu verstehen. (Gegen Sohm, Der Gegenstand 38 ff.) — Unter „Erbschaft" ist nur der Inbegriff der Nachlaßgegenstände zu verstehen. Hieraus folgt nicht, daß Erbfolge auch nur Rechtsnachfolge in einen Inbegriff von Rechten ist. (Vgl. JDR. **1**, **2**, **3**, **4**.)

2. **RG. 61** 76, DNotV. **06** 497, vgl. bereits JDR. **4** Ziff. 4.

3. KGJ. **31** A 68 (KG.). Das Erbrecht der öffentlichen Anstalten aus § 50 II. 19 PrALR. setzt nicht voraus, daß die Anstalt selbst juristische Persönlichkeit besitzt; vielmehr steht es auch Korporationen für die von ihnen errichteten und verwalteten öffentlichen Anstalten zu.

§ 1924. **RG. 61** 14, RheinNotZ. **06** 194, vgl. bereits JDR. **4** zu § 1924.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Wichtigere zu diesem Titel ergangene Entscheidungen sind die des KG. zu § 1960 (Anordnung der Nachlaßpflegschaft, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen nur für einzelne Miterben vorliegen) und § 1964 (Feststellung des Erbrechts des Fiskus). Aus der Literatur sei auf die Erörterungen Uhlands zur Lehre von der Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen hingewiesen (§ 1949).

§ 1943. 1. OLG. **12** 354, KGJ. **31** A 59, RJA. **7** 97, ZBlFG. **7** 130, DNotV. **06** 472, R. **06** 959 (KG.). Bei Erbschaften, die zufolge der auf Art. 86 EGBGB. beruhenden Bestimmungen der Artt. 6 und 7 PrAGBGB. einer staatlichen Genehmigung bedürfen, ist der Anfall der Erbschaft an die juristische Person durch die Verweigerung der Genehmigung auflösend bedingt. (AA. Crusen-Müller, PrAGBGB. 127.)

2. HansGZ. **06** Beibl. 114 (Hamburg). Die Ergreifung des Besitzes am Nachlasse, die Beerdigung des Erblassers und die Auflösung seines Hausstandes durch den Erben können dann nicht als pro herede gestio angesehen werden,

wenn der Erbe zugleich zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, selbst wenn er dieses Amt noch nicht angenommen hat.

3. R. 06 1082 (BayObLG).. Erklärt ein Miterbe, daß er gegen eine Abfindungssumme dem anderen Miterben die Erbschaft überläßt, so kann darin namentlich dann die Erklärung des Erbschaftsantritts liegen, wenn die Abfindungssumme ungefähr dem Erbteil entspricht. Dagegen muß in der Erklärung des Miterben, daß er zugunsten eines anderen Miterben auf die Erbschaft verzichtet, nicht ohne weiteres eine Verfügung über den Nachlaß und eine Antretung der Erbschaft gefunden werden.

§ 1945. OLG. **12** 357, RJA. **7** 97, KGJ. **31** A 59, ZBlFG. **7** 130, DNotV. **06** 472, R. **06** 959 (KG.). Die Ausschlagung einer Erbschaft seitens des Kirchenvorstandes einer katholischen Kirchengemeinde bedarf als eine die Gemeinde verpflichtende Willenserklärung nach § 19 PrG. v. 20. 6. 1875 der Unterschrift des Vorsitzenden und noch zweier Mitglieder des Kirchenvorstandes, sowie der Beidrückung des Amtssiegels.

§ 1946. SächsRpflA. **06** 332 (Dresden). Die auf Grund eines Vertrages zwischen dem Erben und einem Dritten erfolgende unbedingte formgültige Ausschlagung der Erbschaft ist weder als ein Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen, noch kann sie von dem Gläubiger des Erben auf Grund des § 7 AnfG. angefochten werden. (Vgl. JDR. **2** zu § 1942.)

§ 1949. *Uhland, WürttZ. **06** 258. Die einseitige Anerkennung eines nichtigen Testaments durch den gesetzlichen Erben enthält auch nach jetzigem Rechte einen Verzicht des Anerkennenden auf sein Intestaterbrecht, d. h. eine Ausschlagung der Erbschaft als gesetzlicher Erbe. — Ist der Anerkennende in dem nichtigen Testament, das er anerkennt, als Erbe eingesetzt, so enthält das Anerkenntnis zugleich eine Annahme der Erbschaft als eingesetzter Erbe, wiewohl er in Wirklichkeit wegen der Nichtigkeit des Testaments nicht als solcher berufen ist. Diese Annahme ist rechtlich bedeutungslos; der Anerkennende erwirbt die Erbschaft nicht auf Grund des nichtigen Testaments; sein gesetzliches Erbrecht aber hat er auf Grund der in dem Anerkenntnis liegenden Ausschlagung zugunsten des nächstberechtigten gesetzlichen Erben verloren, vorausgesetzt natürlich, daß er sich bei seinem Anerkenntnis der Ungültigkeit des Testaments bewußt war. Kannte er die Ungültigkeit des Testaments nicht, so müßte er an sich nach allgemeinen Grundsätzen das Anerkenntnis als Willenserklärung unter Lebenden gemäß §§ 119 ff. anfechten. Diese Anfechtung ist ihm aber durch § 1949 Abs. 1 erspart. Es genügt, daß er seinen Irrtum über die Ungültigkeit des Testaments und hiermit über den Grund seiner Berufung zur Erbschaft beweist. Die Folge dieses Beweises ist, daß die Annahme der Erbschaft aus dem Berufungsgrund des Testaments als nicht erfolgt gilt. Hat er bewiesen, daß er über den Berufungsgrund im Irrtum war, so ist regelmäßig zugleich bewiesen, daß eine Ausschlagung der gesetzlichen Erbschaft nicht vorliegt; denn eine Ausschlagung erstreckt sich gemäß § 1949 Abs. 2 im Zweifel nicht auf einen dem Erben nicht bekannten Berufungsgrund. — Aus der Entstehungsgeschichte des § 1949 ergibt sich, daß die Annahme stets nur auf denjenigen Berufungsgrund zu beziehen ist, aus dem sich der Erbe berufen glaubt, während die Ausschlagung sich im Zweifel auf einen dem Erben nicht bekannten Berufungsgrund nicht erstreckt. Das BGB. berücksichtigt hiermit die tatsächliche Möglichkeit, daß ein zur Erbschaft Berufener mit seiner Ausschlagungserklärung alle irgend möglichen Berufungsgründe treffen will, mögen sie ihm bekannt sein oder nicht. — Das einseitige Anerkenntnis eines nichtigen Vermächtnisses in Kenntnis der Nichtigkeit hat die ihm nach gemeinem Rechte (const. 16 de test.) zukommende materiell-rechtliche Bedeutung verloren. — Die einseitige Aner-

kennung einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung seitens des gesetzlichen Erben hat nur insofern Bedeutung, als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht des § 2078 darin enthalten ist. Zum Verzicht auf das Anfechtungsrecht bedarf es keines Vertrags; es genügt eine einseitige Willenserklärung, die nicht einmal empfangsbedürftig ist.

§ 1953. KGJ. **31** A 73, RJA. **7** 102, ZBlFG. **7** 134, DNotV. **06** 475, R. **06** 960 (KG.). Der Antrag des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung enthält an und für sich die Erklärung der Annahme der Erbschaft nicht. Der einstweilige Erbe kann deshalb auch nach der auf seinen Antrag erfolgten Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft rechtswirksam ausschlagen. (Wie hier Binder II 21 Anm. 8; aA. Böhm 351, v. Staudinger, BGB. § 1981 Anm. II A 1, Planck § 1981 Anm. 4a, Strohal § 79 A 1.)

§ 1958. WürttJ. **18** 304 (Stuttgart). Die Anfechtung der Versäumung der Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft ist nicht gerechtfertigt, wenn es sich nicht um einen Irrtum über den Inhalt einer Erklärung oder was dem gleichzustellen ist, sondern um die Nichtkenntnis einer Tatsache, deren Kenntnis die Kläger möglicherweise zur Ausschlagung der Erbschaft veranlaßt hätte, also um einen außerhalb des Erklärungsinhalts liegenden Irrtum im Beweggrund handelt. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2.)

§ 1960. RJA. **7** 29, DNotV. **06** 498, ZBlFG. **7** 82, R. **06** 646 (KG.). Liegen die Voraussetzungen des § 1960 nur für einzelne Miterben vor, so kann für sie allein die Nachlaßpflegschaft eingeleitet werden; die Feststellung der Höhe des Erbbruchteils ist für die Zulässigkeit der Nachlaßpflegschaft nicht wesentlich, da das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfleger und den nicht durch ihn vertretenen Miterben sich nach den Bestimmungen der §§ 2038 ff. über das Rechtsverhältnis der Erben untereinander regeln. Das Nachlaßgericht hat eine für alle Miterben eingeleitete Nachlaßpflegschaft in Ansehung derjenigen Miterben wieder aufzuheben, für welche die Voraussetzungen der Pflegschaft weggefallen sind. Diese Miterben haben gegen die Ablehnung ihres Antrags, die Pflegschaft auch für die übrigen Miterben aufzuheben, kein Beschwerderecht (§ 20 FGG.).

2. DNotV. **06** 28 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

§ 1961. Josef, ZBlFG. **7** 479. Beim Antrag auf Anordnung der Nachlaßpflegschaft liegt dem Gläubiger die Glaubhaftmachung der Forderung und der (etwa durch behördliche Bescheinigungen oder eidesstattliche Versicherungen Dritter zu erbringende) Nachweis ob, daß die Erbschaft noch nicht angenommen sei. (Vgl. JDR. **1**.)

§ 1962. 1. RJA. **7** 85, ZBlFG. **7** 121, PosMschr. **06** 112, R. **06** 956 (KG.). Das Nachlaßgericht kann auch nach der Beendigung der Nachlaßpflegschaft den bisherigen Pfleger zur Einreichung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen anhalten.

2. DNotV. **06** 494 (KG.), vgl. JDR. **4**.

Zu §§ 1964, 1965. KGJ. **31** A 64, DNotV. **06** 26, R. **06** 74, WürttZ. **06** 19 (KG.), vgl. bereits JDR. **4** § 1964 Ziff. 2, § 1965.

§ 1964. 1. KGJ. **32** A 83, RJA. **7** 178, ZBlFG. **7** 415, R. **06** 1401 (KG.). Die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, darf nicht getroffen werden, sofern dem Nachlaßgerichte das Vorhandensein eines nicht von der Erbfolge ausgeschlossenen Verwandten des Erblassers nachgewiesen wird, auch wenn der Nachweis, daß die Verwandten einer vorhergehenden Ordnung weggefallen sind, nicht erbracht ist.

2. BreslauAK. **06** 54 (LG. Breslau). Die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, kann nicht getroffen werden, wenn Erb-

berechtigte ermittelt sind, aber nicht feststeht, daß die ermittelten Personen die einzigen Erbberechtigten sind.

Zweiter Titel. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Der Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten ist Gegenstand der Erörterung in der zu § 1967 mitgeteilten Entscheidung des RG., die das Anerkenntnis der Erben als zur Begründung einer Nachlaßverbindlichkeit geeignet ansieht, wenn es in Betätigung der Verwaltung des Nachlasses erfolgte. — Die Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Nachlaßgläubigers behandelt eingehend das KG. in der zu § 1981 angeführten Entscheidung. — Wie im vorigen Berichtsjahr ist auch in diesem die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters in der Praxis mehrfach erörtert worden (§ 1985). — Beachtenswert aus derLiteratur ist Paechs Abhandlung zu § 2007.

Literatur: Perceron, La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand. RevDC. 4 No. 4.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 166/167. Eine Unterlassungsklage gegen den Erben auf Grund von Rechtsverletzungen des Erblassers — wie sie z. B. Planck, Gierke, Turnau-Förster, Cosack, Pinner, Seligsohn annehmen — findet nicht statt. (Näheres o. im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles, hinter § 231.)

2. **RG. 62** 38, **JW. 06** 23, **DJZ. 06** 201, **DNotV. 06** 484. Verbindlichkeiten, die den Erben als solchen treffen, sind u. a. die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlaßpfleger oder einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften (KO. § 224 Ziff. 5); ferner die aus §§ 1968, 1969 begründeten Verbindlichkeiten, die Kosten der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, einer Nachlaßpflegschaft oder Verwaltung (Planck zu § 1967 Anm. 2b; Strohal § 70 Ziff. I 2). Daß unter Umständen hierher auch solche Verbindlichkeiten gehören, die durch Rechtsgeschäfte der Erben neu entstanden sind, ergibt sich wohl schon aus den vorangeführten Gesetzesstellen, es fragt sich aber, wie weit hier der Kreis zu ziehen sei. Als Anhalt kann die Entsch. des **RG. 35** 418 (zu § 28 ZPO.) dienen, wo gesagt wird, daß Nachlaßgläubiger im Sinne des § 28 auch irgendwelche Personen seien, die allererst gegen „die Erben als solche" einen Anspruch erlangt haben, deren Gläubigerschaft mit besonderer Beziehung auf den Nachlaß entstanden sei, und daß letzteres da vorliege, wo in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses oder zum Zwecke der Regulierung desselben mit dem fraglichen Gläubiger kontrahiert worden ist, möglicherweise von dem Erben selbst. Die Gründe für einen Zweifel daran, ob durch Verpflichtungsgeschäfte des Erben Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne von § 1967 und § 226 KO. begründet werden können, liegen einerseits in den Grundsätzen des Obligationenrechts über Stellvertretung bzw. Handeln im eigenen Namen, andererseits in der scharfen Separation des Nachlaßvermögens von dem Eigenvermögen des Erben, welche durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung herbeigeführt wird und welche die abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem ersteren Vermögen bezweckt (Binder II 34 ff.). Die vom Berufungsgericht ausgeführten Grundsätze über die Verfügungsmacht des Erben (welcher Erbe bleibt, vgl. § 1953 Abs. 1, § 1959 Abs. 2 u. 3) sind im allg. zutreffend, doch würden dadurch allein die angedeuteten Zweifelsgründe noch nicht beseitigt. Aber es gewinnt hier das Moment Bedeutung, daß der Erbe eben mit Rücksicht auf die Separation beider Vermögensmassen, obwohl er an sich Subjekt des Nachlasses ist und bleibt, vom Gesetz als Verwalter des Nachlaßvermögens behandelt wird, daß er den Nachlaß von vornherein gewisser-

maßen als fremdes Gut zu betrachten und zu verwalten hat. — Dieser Pflicht des Erben und der daraus sich ergebenden Verantwortlichkeit entspricht aber auf der anderen Seite sein Recht, den Nachlaß zu verwalten, und daraus würde sich die Befugnis ergeben, im Bereich dieser Nachlaßverwaltung als Vertreter des Nachlasses zu handeln, für den Nachlaß, soweit dieser überhaupt zu einem Sondervermögen werden kann, in der Zeit vor der Separation Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, und insofern Nachlaßverbindlichkeiten auch für einen in der Folge eröffneten Nachlaßkonkurs zu begründen (vgl. auch Mot. 603 zu §§ 2092 ff., Mugdan 323). Haben (wie vorliegend) die Erben — lediglich im Namen und für Rechnung des Nachlasses kontrahierend — in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses und der vorläufigen Regulierung desselben eine fragliche „Nachlaßschuld" anerkannt, so hat die in solcher Weise begründete Verpflichtung als Nachlaßverbindlichkeit zu gelten, ohne daß es für den Bestand dieser Schuld darauf ankommt, ob die Erben die Schuld mit Recht anerkannt haben und ob sie gegenteiligenfalls den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe von §§ 1978, 1979 verantwortlich sind und ihrerseits an den Nachlaß keinen Anspruch auf Ersatz oder Schuldbefreiung (vgl. § 224 Ziff. 6, § 225 Abs. 2 KO.) haben würden.

3. NaumburgAK. **06** 47 (Naumburg). Die Erben haften bis zur Herbeiführung ihrer Beschränkung unbeschränkt. Eine Klage auf Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit ohne Beschränkung der Erbenhaftung im Klagantrag macht den Kläger nicht kostenpflichtig, wenn demnächst Nachlaßkonkurs eröffnet und hier die Forderung festgestellt wird.

§ 1968. 1. R. **06** 1199 (Frankfurt). Den Ort und die Art der Beerdigung, insbesondere auch die Grabinschrift, hat der Ehegatte, nicht der Erbe des Verstorbenen zu bestimmen, auch wenn er die Beisetzung in einem Erbbegräbnis gestattet hat.

2. R. **06** 1081 (BayObLG.). Die Kosten eines Grabsteins gehören an sich nicht zu den Beerdigungskosten. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 3.)

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Literatur: Nauenberg, Die Wirkung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger. Berlin 1906.

§ 1973. 1. **RG. 61** 221, DNotV. **06** 486, WürttZ. **06** 237, vgl. bereits JDR. **4** Ziff. 2.

2. Zu Satz 2 vgl. § 1990.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Literatur: Eccius, Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, GruchotsBeitr. **50** 487. — Lafrenz, Zur Frage des Beweises der Nachlaßbedürftigkeit im Falle des § 1990, ZBlFG. **6** 741.

§ 1975. BraunschwZ. **06** 94 (Braunschweig). Bei Anordnung einer Nachlaßpflegschaft kann in Prozessen gegen die durch den Nachlaßverwalter vertretenen Erben diesen das Armenrecht gewährt werden.

§ 1978. DNotV. **06** 31 (Dresden), vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

§ 1981. I. Abs. 1. KGJ. **31** A 73, RJA. **7** 102, ZBlFG. **7** 134, DNotV. **06** 475, R. **06** 960 (KG.). Die rechtswirksame Ausschlagung der Erbschaft durch einen Erben entzieht der Fortsetzung der auf dessen Antrag angeordneten Nachlaßverwaltung die rechtliche Unterlage. (AA. Kreß, Erbengemeinschaft 161.)

II. Abs. 2. 1. Josef, ZBlFG. **7** 479. Beim Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung liegt dem Gläubiger die Glaubhaftmachung der Forderung und der Nachweis ob, daß die Befriedigung der Forderung gefährdet ist.

2. OLG. 12 357, RJA. 7 18, DNotV. 06 489, ZBlFG. 7 74, R. 06 644, JustdBl. 06 84 (KG.). a) Nach § 1981 Abs. 2 ist eine Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Nachlaßgläubigers anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Daß diese Voraussetzung dem Nachlaßgericht zur Gewißheit nachgewiesen wird, ist im Gesetze nicht verlangt. Der erforderliche Grund zu jener Annahme besteht schon dann, wenn Tatsachen glaubhaft gemacht werden, welche die Annahme rechtfertigen (Planck 3d zu § 1981). Denn der Zweck der Maßregel, die Sicherung der Gläubiger gegen Gefährdung ihrer Befriedigung kann nur erreicht werden, wenn die Maßregel auf Grund eines schleunigen Verfahrens und einer summarischen Prüfung, als deren Unterlage glaubhaft gemachte Tatsachen ausreichen, angeordnet werden darf, während das Erfordernis eines förmlichen Beweises seine Erreichung vielfach gefährden würde. b) Ein Nachlaßgläubiger ist auch dann zu dem Antrag aus § 1981 Abs. 2 berechtigt, wenn nur diese einzige Nachlaßforderung besteht (OLG. 6 312). Steht der Anspruch dem Antragsteller nur in Gemeinschaft mit seinen Miterben (§ 2032) zu, so würde er doch auch allein berechtigt sein, den Antrag aus § 1981 Abs. 2 zu stellen, da er eine zur Erhaltung notwendige Maßregel im Sinne des § 2038 ist. c) Unter Gefährdung durch die Vermögenslage des Erben ist nicht nur die Gefährdung durch den Zugriff der Privatgläubiger des Erben zu verstehen, eine Gefährdung liegt vielmehr immer dann vor, wenn die Verhältnisse des Erben, und zwar die persönlichen Verhältnisse oder die Vermögensverhältnisse es als im Interesse der Gläubiger an sicherer Befriedigung ihrer Ansprüche liegend erscheinen lassen, daß durch Einleitung der Nachlaßverwaltung gemäß §§ 1976, 1977 die durch den Erbfall eingetretene Vereinigung des Nachlasses und des sonstigen Vermögens des Erben als nicht eingetreten gilt, daß der Erbe gemäß den §§ 1984 ff. die Befugnis, über den Nachlaß zu verfügen und ihn zu verwalten, bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der Nachlaßschulden zugunsten des Nachlaßverwalters verliert und daß also der Nachlaß bis zu diesem Zeitpunkte von dem sonstigen Vermögen des Erben abgesondert wird. Von dieser Grundlage aus kann auch die Vermögenslosigkeit des Erben dann die Antragsbefugnis des Nachlaßgläubigers begründen, wenn sie derart ist, daß sie den Erben in Versuchung führt, seine persönlichen Bedürfnisse aus dem Nachlaßvermögen zu befriedigen, und wenn die Nachlaßforderung im Verhältnis zum Werte des Nachlasses so hoch ist, daß eine derartige Verwendung von Bestandteilen des Nachlasses die Befriedigung des Gläubigers unsicher machen würde. Dies gilt auch unter den gleichen Voraussetzungen von der Vermögenslosigkeit eines von mehreren Miterben. Denn wenn auch nach § 2058 die Erben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften, so ist dadurch doch nicht der Nachlaßgläubiger unter allen Umständen gesichert, wenn nur einer oder einige der Erben ausreichendes Privatvermögen haben. Vielmehr besteht die Möglichkeit, daß, wenn der arme Miterbe tatsächlich, obschon nach § 2040 unberechtigterweise, Nachlaßgegenstände für sich verbraucht hat, die übrigen Miterben gemäß § 2059 Satz 1 die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus ihrem sonstigen Vermögen verweigern und daß dann der Nachlaßgläubiger nach § 2059 Abs. 2 auf den möglicherweise nicht mehr zureichenden Rest des ungeteilten Nachlasses angewiesen ist. d) Das Gesetz gestattet dem Erben nicht ausdrücklich, die Einleitung der Nachlaßverwaltung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Immerhin kann eine Sicherheitsleistung zur Ablehnung der Einleitung insofern führen, als sie die nach § 1981 Abs. 2 erforderliche Gefährdung ausschließt. Dies gilt aber nur von der Sicherheitsleistung selbst, nicht von dem

Erbieten dazu. Das bloße Erbieten ist vielmehr mangels einer einschlagenden gesetzlichen Vorschrift unbeachtlich. Insbesondere kann es bei glaubhaft gemachter Gefährdung nicht dazu führen, die Einleitung hinauszuschieben und den Erben zur Erfüllung des Erbietens eine Frist zu setzen, da solches Verfahren die vorhandene Gefahr verlängern und damit den Zweck der Nachlaßverwaltung, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger, gefährden würde. Auch liegt kein Bedürfnis zu solcher Aussetzung der Entscheidung vor, da die Erben auf Grund des § 1986 durch Sicherheitsleistung die Aushändigung des Nachlasses erreichen können.

Zu §§ 1984, 1985. SeuffA. **61** 324, SchlHolstAnz. **06** 295 (Hamburg), vgl. bereits JDR. **4**.

§ 1984. Abs. 1. 1. *Herbst, Mangelnde Passivlegitimation des Erben, DJZ. **06** 1024. Ist vor Erhebung der Klage gegen den Erben auf dessen Antrag vom Gerichte Nachlaßverwaltung angeordnet worden, so ist die Klage wegen mangelnder Passivlegitimation des Erben gemäß § 274 Abs. 2 Ziff. 7 ZPO. angebrachtermaßen abzuweisen und eine Verurteilung des Erben selbst „unter Vorbehalt der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß" unzulässig. Denn diese setzt voraus, daß der Erbe überhaupt noch als Prozeßpartei in Anspruch genommen werden kann; durch Anordnung der Nachlaßverwaltung ist jedoch der Erbe für Nachlaßprozesse nicht mehr passiv legitimiert (OLG. **2** 160). Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 Abs. 2.

2. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 487. Verfügungen des Erben während der Dauer der Nachlaßverwaltung sind ungültig. Sie können aber durch die Genehmigung des Nachlaßverwalters wirksam werden oder durch die Aufhebung der Nachlaßverwaltung kraft des neu wieder eintretenden Verfügungsrechts des Erben (vorbehaltlich der inzwischen mit sofortiger Wirksamkeit getroffenen Verfügungen) Kraft erlangen. Rechtshandlungen der Erben, die auf die Gegenstände der Nachlaßverwaltung wirken oder die Stellung der Nachlaßgläubiger beeinflussen sollen, sind während der Dauer der Nachlaßverwaltung ohne Wirkungskraft. Insoweit als sie eine bindende Einigung des Immobiliarrechts in sich schließen, können sie nach Beendigung der Nachlaßverwaltung zur Herbeiführung der Eintragung benutzt werden. — Über die Wirkung der Klagen des Nachlaßverwalters, die der durch nichtige Verfügung beeinträchtigten tatsächlichen Sachlage ein Ende machen sollen, vgl. aaO. 486.

3. **RG.** R. **06** 690. Es ist rechtlich zulässig und tachsächlich wohl denkbar, daß die Erben auch nach Einleitung einer Nachlaßverwaltung eine persönliche Verbindlichkeit, so insbesondere die persönliche Haftung für Ersatz einer von Dritten oder von dem Nachlaßverwalter zugunsten der Nachlaßmasse gemachten Aufwendung übernehmen. Dadurch wird keine unbeschränkte Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten im allgemeinen begründet, denn man kann nicht sagen, daß die Übernahme einer solchen Haftung grundsätzlich dem Zwecke der Nachlaßverwaltung widerspräche.

4. ElsLothJZ. **06** 562 (Colmar). Mit dem Augenblick, in dem eine Nachlaßverwaltung angeordnet wird, verliert der Erbe die Passivlegitimation und kann ein Anspruch an den Nachlaß nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden. Die Kosten einer trotzdem gegen den Erben erhobenen Klage fallen dem Kläger zur Last.

§ 1985. 1. **RG. 61** 222, DNotV. **06** 486, vgl. JDR. **4** I 2.

2. DJZ. **06** 90, SeuffA. **61** 69, DNotV. **06** 34, BayObLG. **6** 512, WürttZ. **06** 20 (BayObLG.), vgl. JDR. **4** I 3.

3. BayRpflZ. **06** 251 (München). Der Nachlaßverwalter ist nicht curator rei, sondern Pfleger des oder der Erben; für den Prozeß ist er nach den

Sondervorschriften §§ 53, 241 ZPO. dem gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei gleichgestellt (§ 1984 Abs. 1 Satz 3). Ist ein Urteil vor Eintritt der Nachlaßverwaltung rechtskräftig geworden, so bedarf es zur Vollstreckung in den Nachlaß der Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter nicht.

4. OLG. **12** 362, ElsLothJZ. **06** 413, JustdBl. **06** 85 (Colmar). Wenn auch die Nachlaßverwaltung eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger ist, so folgt daraus keineswegs, daß diese Befriedigung unter allen Umständen und sofort zu bewirken sei und den einzigen Zweck der Verwaltung bilde, vielmehr hat der Verwalter ebensowohl das Interesse des Erben wie dasjenige der Gläubiger wahrzunehmen, und es sind für die Verwaltung ebenso Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit wie rechtliche Bestimmungen maßgebend (vgl. Wendt, ACivPr. **86** 360, Staudinger zu § 1985). Es ist daher zulässig, ein bestehendes Handelsgeschäft den Erben zu erhalten und es fortzuführen, sowie behufs dessen Fortführung Darlehen aufzunehmen, vorausgesetzt, daß eine Überschuldung des Nachlasses nicht vorhanden ist (§§ 1821 Ziff. 1, 1822 Ziff. 8, 1825; anal. §§ 132, 133, 134 KO.) und, soweit erforderlich, gerechtliche Genehmigung erteilt wird. Die Nachlaßverwaltung ist ein konkursähnliches Verfahren, das den Vorschriften des Vormundschaftsrechts unterliegt. (Vgl. Endemann III 436, Binder 200; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 1, **4** Ziff. 1—3.)

5. R. **06** 184 (Colmar). Zur Anmeldung des Konkurses ist der Verwalter des Nachlasses nicht schon bei objektivem Vorhandensein einer Überschuldung desselben, sondern erst dann verpflichtet, wenn er von ihr Kenntnis erlangt oder wenn seine Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

6. **RG.** R. **06** 247. Wenn der Nachlaßverwalter Aufwendungen gemacht hat, um Schadensersatzansprüche des Gläubigers gegen den Nachlaß befriedigen zu können, steht ihm wegen dieser Aufwendungen kein Zurückbehaltungsrecht zu.

7. OLG. **12** 361, ElsLothJZ. **06** 413, JustdBl. **06** 85 (Colmar). Da der Nachlaßverwalter Rechtsgeschäfte nur für den Nachlaß abschließt und diese auf tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zum Nachlasse beruhen, so ist der andere Vertragschließende Nachlaßgläubiger, nicht persönlicher Gläubiger des Erben.

§ 1987. R. **06** 752 (KG.). Die Vergütungen eines Nachlaßpflegers, der später Nachlaßverwalter wurde, sind für jedes dieser Ämter getrennt voneinander zu bewilligen, da die Entscheidung bezüglich der Nachlaßpflegschaft anspruchserzeugende Kraft hat, bezüglich der Nachlaßverwaltung nicht.

Zu §§ 1990, 1991. DNotV. **06** 31 (Dresden), vgl. JDR. **4** § 1990 Ziff. 2, § 1991.

§ 1990. 1. *Lafrenz, ZBlFG. **6** 741. Daß Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich sind, muß im Prozesse der Erbe auch dann beweisen, wenn Antrag auf Verwaltung oder Konkurs gemäß §§ 1982 BGB., 99 KO. vom Nachlaß- bzw. Konkursgericht abgelehnt worden ist. (Vgl. dagegen JDR. **4** Ziff. 2b und 3a.)

2. *Siber, JheringsJ. **50** 131 ff. Die Urteilsformel hat zu lauten auf „Leistung aus dem Nachlasse"; die Vollstreckung geschieht durch Pfändung der Nachlaßgegenstände; die „Herausgabepflicht" ist ebenso, wie die Pflicht zur „Duldung der Vollstreckung", in Wahrheit Realobligation.

3. HansGZ. **06** Beibl. 171 (Hamburg). Sind die Erben in dem sie zur Zahlung verurteilenden Erkenntnisse für „berechtigt" erklärt worden, gegen Herausgabe des Nachlasses die Zahlung zu verweigern, so brauchen sie sich die Pfändung des eigenen Vermögens bis zur beschafften Herausgabe nicht gefallen zu lassen.

Der Sinn der Verurteilung ist nur: Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf den Nachlaß. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 3.)

4. HansGZ. **06** Beibl. 300 (Hamburg). Wenn eine Nachlaßverwaltung mangels Kosten untunlich ist, kann der Nachlaßgläubiger gegen den im Besitze des Nachlasses befindlichen Erben mit der Zwangsvollstreckung vorgehen. Er hat sich dabei auf die Nachlaßgegenstände zu beschränken, widrigenfalls der Erbe, bei dem gepfändet wird, ihm Einwendungen nach §§ 785, 767 ZPO. entgegensetzen kann. Es ist zulässig, vom Erben den Offenbarungseid bezüglich des Umfanges des Nachlasses zu verlangen.

5. DNotV. **06** 35 (Hamburg), vgl. JDR. **4** Ziff. 3.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

Literatur: Paech, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand (Diss.), 1906.

§ 1994. Abs. 2. 1. Josef, BuschsZ. **35** 563, schließt sich bezüglich der Frage, inwieweit die vom Nachlaßgerichte bei seiner Tätigkeit betreffs der Setzung der Inventarfrist getroffenen Entscheidungen für das Prozeßgericht bindend sind, der JDR. **3** Ziff. 3 mitgeteilten Entscheidung des BayObLG. an.

2. Josef, ZBlFG. **7** 479. Die Eigenschaft des Gegenbeteiligten als Erben braucht der Antragsteller nicht glaubhaft zu machen.

§ 2002. OLG. **12** 363, DNotV. **06** 488 (Naumburg). Der Gerichtsvollzieher ist in Preußen nur kraft Auftrags des Gerichts zuständig, ein Nachlaßinventar zu errichten (§ 74 Nr. 3 PrAGGVG., Artt. 31, 38 PrFGG.). Ein vom Gerichtsvollzieher im Auftrage einer Partei errichtetes Inventar ist ungültig, wie ein von der Partei allein errichtetes. Daß der Auftrag des Gerichts dem Gerichtsvollzieher schriftlich erteilt sein müsse, bestimmt das Gesetz nicht; daher wird auch ein mündlicher Auftrag genügen müssen. Durch nachträgliche Genehmigung des Nachlaßgerichts innerhalb der Inventarfrist ist die vorgängige Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nicht als nachträglich gebilligt anzusehen.

§ 2006. Abs. 3. Josef, BuschsZ. **35** 565. Die Entscheidung des Nachlaßgerichts, durch die es nach zweimaligem Ausbleiben des Erben im Termine zur Leistung des Offenbarungseides einen dritten ansetzt (vgl. JDR. **2**), ist für das Prozeßgericht nicht bindend. Dieses kann vielmehr nachprüfen, ob die Voraussetzung des Abs. 3 Satz 2 vorhanden war, und es hat selbständig über die (vom Nachlaßgerichte gar nicht entschiedene) Frage zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine Haftung des von den Nachlaßgläubigern belangten Erben begründet ist.

§ 2007. *Paech, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand. § 2007 enthält eine Schutzvorschrift für den mehrfach berufenen Erben, indem er dem Erben, der die Beschränkbarkeit der Haftung durch Inventarfristversäumung und in den gleichgestellten Fällen verloren hat, beim späteren Anfall eines weiteren Erbteils die Möglichkeit gibt, hinsichtlich dieses Erbteils sich die Beschränkbarkeit der Haftung durch Anwendung der gegebenen Haftungsbeschränkungsmittel zu sichern. Die Schutzvorschrift ist indessen bei gemeinschaftlichen, auf der ganzen Erbschaft ruhenden Nachlaßverbindlichkeiten praktisch anwendbar nur dann, wenn in Abweichung von der Regel der gesamtschuldnerischen Haftung geteilte Haftung vorliegt. § 2007 kann somit nur unter Zugrundelegung der Grundsätze der Haftungsteilung bei einer Erbengemeinschaft (§§ 2059 ff.) verstanden werden. (Vgl. JDR. **1**, **3**.)

V. Aufschiebende Einreden.

§ 2014. 1. HansGZ. **06** Beibl. 114 (Hamburg). Bei dem Erben, der weder ausdrücklich noch durch konkludente Handlungen die Erbschaft annimmt, be-

ginnt die dreimonatige Frist des § 2014 sechs Wochen nach Kenntniserlangung von dem Erbschaftsanfall.

2. NaumburgAK. **06** (LG. Halle). Hat der Erbe die aufschiebende Einrede aus § 2014 erhoben, so ist der Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 305 ZPO. im Urteil auszusprechen. Der klagende Nachlaßgläubiger hat, wenn er nach Annahme der Erbschaft, aber innerhalb der Frist des § 2014 gemäß § 305 ZPO. klagt und der Erbe den Anspruch sofort anerkennt, die Kosten zu tragen. Der Erbe gerät während der Frist des § 2014 nicht in Verzug. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, 3.)

§ 2015. PosMschr. **06** 97 (Marienwerder). Die Bestimmung der §§ 2015 BGB., 782 ZPO. hemmt nur die Verpflichtung des Erben zur Berichtigung der Schuld in bestimmtem Umfang, aber weder die Belangung im Klagewege noch die Verurteilung des Erben. Die Einrede gehört nicht zu denen, die die Verjährung des Anspruchs hemmen (§ 202). Hieraus folgt, daß der Gläubiger auch vor Beendigung des Aufgebotsverfahrens ein Klagerecht hat. Der Erbe hat daher nur durch Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung die Möglichkeit, die Klage abzuwenden. Gibt er solche dem Gläubiger — und zwar auch ohne dessen ausdrückliches Verlangen — nicht, so hat er zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben. Er gerät vor Beendigung des Aufgebotsverfahrens in Verzug. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 1 zu §§ 2014 ff., **4.**)

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. 1. SächsRpflA. **06** 337 (Dresden). a) Die Erbschaftsklage des § 2018 setzt nur die tatsächliche, nicht auch die rechtliche Zugehörigkeit der mit ihr in Anspruch genommenen Gegenstände zur Erbschaft voraus, ergreift daher auch solche Sachen, die sich z. Z. des Erbfalls nur tatsächlich im Besitze des Erblassers befunden haben. b) Der Erbschaftsanspruch steht auch jedem Miterben zu und kann auch gegen einen Miterben erhoben werden, der sich zu Unrecht in den alleinigen Besitz des gesamten Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände gesetzt hat; in einem Falle der letzteren Art bezweckt er die Herstellung des der Miterbengemeinschaft nach § 2032 Abs. 1 entsprechenden Zustandes und geht demgemäß nach § 2039 auf Herausgabe des von dem beklagten Miterben aus dem Nachlasse Erlangten an alle Erben, bzw. auf dessen Hinterlegung für sie (Planck Anm. 1 zu § 2018, Cosack, Lehrbuch II 782, Strohal, Erbrecht II 403; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 1, **2**, **3**).

2. R. **06** 248 (Kiel). Erbschaftsbesitz im Sinne des § 2018 liegt nicht vor, wenn sich der Beklagte zwar auf ein Rechtsgeschäft von Todes wegen (eine ihm vom Erblasser gemachte Schenkung auf den Todesfall), nicht aber darauf beruft, daß ihm der Besitz als Erbe, d. h. als Rechtsnachfolger in den gesamten Nachlaß oder in eine Quote desselben zukomme. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 3.)

Zu §§ 2027, 2028. OLG. **12** 364, KGBl. **06** 8 (KG.). a) Der gemäß §§ 2027, 2028 geleistete Offenbarungseid hat nicht die formale Beweiskraft, wie der Prozeßeid nach § 463 ZPO. (**RG. 46** 344). Er unterliegt nicht den Beschränkungen bezüglich des Gegenbeweises wie nach § 463 Abs. 2 und hat keine Rechtskraftwirkung unter den Parteien. Grundsätzlich ist daher dem Schwörenden selbst nicht benommen, Unrichtigkeiten seiner beschworenen Angaben zu beseitigen, wie andererseits dem Gegner nicht versagt ist, Rechte an den Nachlaß entgegen den beschworenen Angaben geltend zu machen. b) Sind einer nach den §§ 2027, 2028 auskunftspflichtigen Person Vorausvermächtnisse vermacht, so gehören diese nicht in die Auskunft und daher auch nicht in das Nachlaßverzeichnis, das von ihr in Erfüllung ihrer Auskunftspflicht aufgestellt ist.

§ 2028. 1. DNotV. **06** 28 (KG.), vgl. JDR. **4.**

2. ElsLothJZ. **06** 113 (Colmar). Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides aus § 2028 setzt voraus, daß es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt und daß dem Verlangen auf Auskunftserteilung nicht oder nicht genügend entsprochen worden ist. In letzterer Beziehung müssen greifbare Tatsachen angeführt werden, die bloße Äußerung von Mißtrauen genügt nicht.

3. R. **06** 1439 (BayObLG.). Die Kosten, die den mit dem Erblasser zur Zeit des Todes in häuslicher Gemeinschaft gewesenen Personen dadurch entstehen, daß sie sich in dem auf den Antrag eines Erben auf Abnahme des Offenbarungseides von dem Amtsgerichte bestimmten Termine von einem Rechtsanwalt vertreten lassen, können nicht dem Antragsteller auferlegt werden.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Literatur: Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile, ACivPr. **99** 315. — Strübe, Zur Frage der Aufhebung der Erbengemeinschaft, R. **06** 605. — Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge, DNotV. **06** 377. — Wesemann, Die rechtliche Natur der Kollation. Göttingen 1906.

§ 2032. SeuffBl. **06** 454 (BayObLG.). Die Umschreibung von im Nachlasse befindlichen Grundstücken kann in den öffentlichen Büchern auf die Erbengemeinschaft erfolgen, wenn die Grundstücke zum ehelichen Gesamtgute des von seiner Witwe und seinen Kindern beerbten Erblassers gehörten, auch wenn in Ansehung dieses Gesamtguts eine Auseinandersetzung noch nicht stattgefunden hatte.

§ 2033. I. Abs. 1. 1. Josef, ACivPr. **99** 315. Während der Veräußerungsvertrag über eine ganze Erbschaft durch Übereignung der einzelnen Nachlaßgegenstände zu erfüllen ist, tritt der Käufer eines Erbanteils durch Einigung mit dem veräußernden Miterben, die gerichtlich oder notariell zu beurkunden ist, mit dinglicher Wirkung in alle Rechte des Miterben ein. Die so für die Einigung als solche vorgeschriebene Form ist aber unpraktisch, weil diese Einigung durch die Übertragung ausnahmslos nur im Erbschaftskaufvertrag vorkommt, der ohnehin der förmlichen Beurkundung bedarf, und die dingliche Wirkung wird dadurch verdunkelt, daß das Gesetz bei der Regelung des Erbschaftskaufes, obwohl dieser regelmäßig nur über Erbanteile geschlossen wird, nirgends von der Übertragung des Erbanteils im ganzen spricht, hier vielmehr nur die Übertragung der Nachlaßgegenstände als einzelner auf den Käufer geregelt wird. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 b.)

2. *Wäntig, DNotV. **06** 377. Der Nacherbe hat vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge noch keinen gegenwärtigen, auch nicht einen bedingten oder befristeten Anteil am Nachlaß. Nur der Mit-Nacherbe, nicht aber der alleinige Nacherbe hat bis dahin einen zukünftigen Anteil am Nachlaß. Über diesen zukünftigen Anteil am Nachlaß kann der Mit-Nacherbe vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge verfügen, ihn also abtreten oder verpfänden, auch kann der Anteil gepfändet werden. Der alleinige Nacherbe kann dagegen nur seinen zukünftigen Herausgabeanspruch gegen den Vorerben oder einen Testamentsvollstrecker nach §§ 2130, 2218, 667 abtreten, verpfänden oder sonst darüber verfügen. Die Frage ist zweifelhaft, weil es in der Literatur und Rechtsprechung noch bestritten ist, inwieweit über ein künftiges Forderungsrecht oder ein sonstiges künftiges Recht vor seiner Entstehung verfügt werden kann. Da der Nacherbe die Nacherbschaft aber vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge noch nicht bindend annehmen kann, so kann er durch Ausschlagung der Erbschaft die Rechtswirksamkeit der Verfügung vereiteln.

3. Pfändung und Verpfändung eines Erbteils. **a)** *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **06** 604. Die Verpfändung des Anteils durch den einzelnen Miterben begründet an den Einzelgrundstücken kein Pfandrecht, wohl aber ist sie

als Verfügungsbeschränkung eintragbar (vgl. §§ 135 ff.) und begründet dann einen mittels solcher Eintragung **vorgemerkten** Anspruch auf Einräumung der Hypothek an den jenem Miterben anfallenden Einzelgrundstücken. **b**) OLG. **12** 366, KGJ. **31** A 263, RJA. **6** 235, DJZ. **06** 148, R. **06** 461, ZBlFG. **6** 728, DNotV. **06** 496, ElsLothNotZ. **06** 147 (KG.). Wird der Erbanteil eines Miterben gepfändet (§ 859 ZPO.), so hat der Erbe sich aller Verfügungen darüber, die dem Gläubiger nachteilig sind, zu enthalten, und jedes hiergegen verstoßende Rechtsgeschäft ist wirkungslos (§ 135 BGB.). Diese Beschränkung erstreckt sich aber nicht bloß auf solche Verfügungen, die unmittelbar den Erbanteil als solchen zum Gegenstand haben, sondern auch auf Verfügungen über die einzelnen Gegenstände der Erbschaft, zu denen jeder Miterbe als Mitglied der Erbengemeinschaft im Zusammenwirken mit den übrigen Erben nach § 2040 Abs. 1 befugt ist. (AA. **Achilles-Strecker**, GBO. 287.) Da nun die Veräußerung oder Belastung von Nachlaßbestandteilen eine teilweise Aufhebung oder Änderung des Erbanteils enthält, so ist der Erbe durch die Pfändung auch einer derartigen, mit den Miterben gemeinschaftlich vorzunehmenden Verfügung beschränkt (ZBlFG. **3** 821 ff., GruchotsBeitr. **48** 58, DJZ. **00** 393). Eine derartige Verfügungsbeschränkung kann in Ansehung eines Nachlaßgrundstücks im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch eingetragen werden (ZBlFG. aaO., bes. 827, **Gaupp-Stein**, ZPO. § 859 III; vgl. auch JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 5). **c**) OLG. **12** 366, DNotV. **06** 496 (Karlsruhe). Eine rechtsgeschäftliche Verpfändung des Anteils eines Miterben am Nachlaß kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden. **d**) ElsLothJZ. **06** 14 (Colmar). Die Pfändung des Erbteilsanspruchs eines Miterben ergreift nicht die einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, sondern berechtigt den Pfändungsgläubiger bloß, den gepfändeten Erbteil gemäß den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung zu veräußern oder die Auseinandersetzung unter den Miterben zu betreiben. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 2.) **e**) R. **06** 1203 (Cöln). Der Pfändung entzogen ist auch der Anteil eines Miterben an dem Erlöse, der aus der Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes erzielt wird.

4. GoldschmidtsZ. **58** 304 (KG.), vgl. JDR. **4** I Ziff. 6.

II. Abs. 2. 1. **Josef**, DNotV. **06** 5. Wenn zum Nachlaß Grundstücke gehören, so ist die gütergemeinschaftliche Frau des Miterben zur Auseinandersetzung als Beteiligte zuzuziehen. Denn § 1439, wonach von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind die Gegenstände, die durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden können, hat lediglich solche Gegenstände im Auge, die ihrer Natur nach (wie gewisse Grundstücke und höchstpersönliche Rechte) nicht übertragen werden können, nicht aber den Anteil des Miterben an den einzelnen Gegenständen, über den nur wegen seiner Zugehörigkeit zum Inbegriff jede Verfügung dem Miterben entzogen ist. Vielmehr ergibt § 1440 Abs. 2 mit § 1369, daß der Anteil des miterbenden gütergemeinschaftlichen Gatten Vorbehaltsgut wird, wenn der Erblasser dies bei der Zuwendung bestimmt hat, und er mangels solcher Bestimmung in die Gütergemeinschaft fällt, wie er beim Bestehen des gesetzlichen Güterrechts Eingebrachtes wurde. (Vgl. JDR. **4** Ziff. II 3, 4.)

2. **Jordan**, BadRpr. **06** 243. Veräußert ein einzelner Miterbe eine bewegliche Nachlaßsache, so finden die §§ 932 ff. Anwendung, weil der gute Glaube die Mängel der Verfügungsmacht und des Eigentums heilen kann.

3. R. **06** 185 (Hamm). Auch wenn man anerkennt, daß der Miterbe befugt ist, über die einzelnen Nachlaßgegenstände unter der Bedingung dinglich zu verfügen, daß diese dem Verfügenden bei der Teilung zufallen, so kann doch eine solche Verfügung nicht durch einen Erbschaftskauf, sondern nur durch Übertragung der einzelnen Gegenstände vorgenommen werden. Daraus ergibt sich, daß bei

Grundstücken eine solche Verfügung überhaupt ausgeschlossen ist, da eine bedingte Auflassung unzulässig ist. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 9a.)

4. OLG. **12** 369 (Karlsruhe). Die Erbengemeinschaft allein tritt, solange die Auseinandersetzung nicht erfolgt ist, in die Rechte des Erblassers hinsichtlich des einzelnen Nachlaßgegenstandes. Dem einzelnen unabgeteilten Erben steht kein Recht an der Sache, an dem einzelnen Nachlaßgegenstand zu. (Vgl. hierzu JDR. **4** Ziff. II.)

5. SächsRpflA. **06** 344 (Dresden). Einen Anteil an den einzelnen Bestandteilen des Nachlasses kennt BGB. nicht, die Erben besitzen insbesondere keine Anteile an Nachlaßgrundstücken und können deshalb über solche nicht verfügen. (Vgl. JDR. **3** zu § 2033 Ziff. 9, **4** Ziff. II.)

6. DNotV. **06** 36, ZBlFG. **6** 633 (Colmar). Vgl. bereits JDR. **4** Ziff. II 5.

§ 2034. *Wäntig, DNotV. **06** 410. Bei einer Übertragung des Anteils am Nachlaß zur Sicherheit steht dem Miterben kein Vorkaufsrecht zu.

§ 2038. Abs. 1 Satz 2. S. o. zu § 744.

§ 2039. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 67 ff., 108 ff. Das Individualrecht umfaßt auch dingliche Ansprüche, nicht dagegen Rechte, die keine Ansprüche sind. Es darf nicht dazu führen, daß ein einzelner Erbe in das gemeinsame Verfügungsrecht eingreift. In der Zwangsvollstreckung versagt es, wenn ein gemeinsamer Titel von den Erben oder wenn er von dem Erblasser erwirkt war. Über Rechtsgestaltungs- und Feststellungsklagen das. 78, 99 f.

2. SächsRpflA. **06** 157 (Dresden). Indem der einzelne Miterbe einen zum ungeteilten Nachlaß gehörigen Anspruch im Prozeßweg geltend macht, besteht für ihn keine notwendige Streitgenossenschaft mit seinen Miterben und das von ihm erwirkte Urteil erlangt keine Rechtskraft für und gegen die Erben.

§ 2040. 1. ElsLothNotZ. **06** 156 (Colmar). Der notarielle Vertrag, in dem einem Teilhaber in der erkennbaren Absicht, an einzelnen Grundstücken die Gemeinschaft aufzuheben, Anteile an diesen geschenkt, die übrigen aber verkauft werden, enthält eine einheitliche Auseinandersetzung der Gemeinschaft bezüglich dieser Grundstücke und muß in das Eigentumsbuch eingetragen werden, wenn dementsprechend von allen Beteiligten die Auflassung gültig erklärt ist.

2. BayRpflZ. **06** 295 (BayObLG.). Damit die einzelnen Miterben ihre Anteile an einer Nachlaßforderung kündigen und einziehen können, muß diese zunächst im Wege der Auseinandersetzung unter die Erben geteilt sein.

§ 2042. 1. Strübe, R. **06** 605. Haben sich die Erben auf die ausdrückliche Vereinbarung beschränkt, daß die Erbengemeinschaft aufhören solle zu bestehen, so endigt sie mit dem Abschluß dieses Vertrags, und es tritt an ihre Stelle eine Gemeinschaft nach Bruchteilen. Erforderlich ist, daß sämtliche Miterben über die Beendigung der Erbengemeinschaft einig sind und dies erklärt haben. Erfolgen diese Erklärungen nicht gleichzeitig, so endigt die Erbengemeinschaft mit der Abgabe der zuletzt erfolgten Erklärung, wobei die Vorschriften der §§ 130 bis 132 Anwendung finden. Eine stillschweigende Aufhebung der Erbengemeinschaft ist in allen denjenigen gemeinschaftlichen Rechtsakten der Miterben zu erblicken, aus denen sich ihr übereinstimmender Wille, das Verhältnis zur gesamten Hand zu beenden, ergibt.

2. Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft s. o. zu § 749 Ziff. 3.

3. DJZ. **06** 825, PosMschr. **06** 32, DNotV. **06** 281, JustdRundsch. **06** 121 (KG.). Die Erbauseinandersetzung kann grundsätzlich nur einheitlich erfolgen und eine partielle Teilung ist nicht zulässig. Nur wenn feststeht, daß durch eine solche Teilung berechtigte Interessen der Miterben nicht verletzt werden, insbesondere weder Nachlaßschulden noch Ausgleichungsansprüche vorhanden sind,

kann ein Anspruch auf Teilung einer einzelnen Nachlaßsache als begründet anerkannt werden. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 1 b, Ziff. 8.)

4. RheinARB. **23** 166, ElsLothJZ. **06** 261 (Colmar), vgl. JDR. **4** Ziff. 6.

5. WürttJ. **18** 199 (Stuttgart), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

§ 2044. **a)** Boethke, GruchotsBeitr. **49** 709, wendet sich gegen die Ansicht Binders III 245 ff., wonach darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt, gegen die Anordnung des Erblassers, die Auseinandersetzung zu verlangen (§ 749 Abs. 2), nicht die Erben durch gegenseitiges Anerkenntnis, sondern das Nachlaßgericht, beim Widerspruch eines Erben das Prozeßgericht zu entscheiden habe (vgl. JDR. **1** Ziff. 2). Nach Boethke ist das Nachlaßgericht zu einer solchen Entscheidung nicht zuständig. **b)** Nach Josef, BuschsZ. **35** 562, ist die Entscheidung des Nachlaßgerichts über die zeitliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Auseinandersetzung für das Prozeßgericht nicht bindend.

§ 2050. 1. SeuffA. **61** 469 (Bamberg). Die Ausgleichungspflicht ist im Sinne des Art. 213 EGBGB. ein erbrechtliches, kein güterrechtliches Verhältnis.

2. Abs. 2. Brementhal, RheinNotZ. **06** 29. Der Erblasser kann die Ausgleichung der im Abs. 2 aufgeführten Zuwendungen anordnen, auch wenn sie nicht übermäßig sind (vgl. JDR. **1** Ziff. 2). Hiergegen wendet sich von Holtum, DNotV. **06** 532. Vgl. auch die Erwiderung Brementhals aaO. 788.

§ 2057. 1. **RG.** JW. **06** 359, DJZ. **06** 821. Verlangen die klagenden Erben nicht schlechthin eine Auskunft über alles, was der Beklagte an Zuwendungen von dem Erblasser erhalten hat, bezieht sich ihr Verlangen vielmehr auf eine einzige, ihnen bekannte Zuwendung und beruht diese Zuwendung auf einem Vertrage, dessen Inhalt in einer entgeltlichen Veräußerung besteht, so deckt der Vertrag — obgleich die Annahme einer darin mitenthaltenen unentgeltlichen Zuwendung, die zugleich die im § 1624 Abs. 1 vorgeschriebenen Anforderungen einer Ausstattung erfüllt, nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist (**RG. 54** 110) — den Beklagten gegen das Ansinnen, daß er über das, was er vom Erblasser erworben hat, als über eine ihm gewährte Ausstattung gemäß § 2057 Auskunft zu geben habe. Es ist vielmehr Sache der Kläger, den Nachweis zu erbringen, daß die der damaligen Vermögensübertragungen zugrunde liegenden Abmachungen etwas anderes enthielten, als sich aus dem Vertrag ergab, daß nämlich nach dem Willen der Beteiligten der Beklagte durch die Vermögensübertragung zugleich eine unter §§ 2050, 2053 fallende Zuwendung empfing. Zwar brauchen die Kläger, um weitere Auskunft verlangen zu können, nicht so weit zu gehen, daß sie ihrerseits schon den Betrag der Zuwendung nachweisen, weil bei einer derartigen Anforderung die gesetzliche Auskunftspflicht ihren Zweck überhaupt verfehlen würde. Allein daß an und für sich, gleichviel zu welchem ideellen Teile mit der entgeltlichen Veräußerung eine Zuwendung der bezeichneten Art verbunden war, bildet nach der besonderen Gestaltung des Rechtsfalles die notwendige Voraussetzung einer auf § 2057 berufenden Auskunftspflicht des Beklagten.

2. OLG. **12** 369 (Naumburg) schließt sich **RG. 58** 88 (JDR. **3** Ziff. 3) an.

3. SchlHolstAnz. **06** 308 (Kiel). Der Anspruch auf Auskunftserteilung setzt gesetzliche Erbfolge voraus. Sache des Auskunftspflichtigen, der testamentarische Erbfolge behauptet, ist, dieses zu beweisen. — Für die Verpflichtung aus § 2057 ist es gleichgültig, ob die Zuwendung vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. gemacht ist, sofern der Erblasser nach dem 1. 1. 00 gestorben ist.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Zu §§ 2058, 2059. SächsRpflA. **06** 337 (Dresden). Werden die Erben als solche wegen einer Nachlaßverbindlichkeit verklagt, so sind sie lediglich dann notwendige Streitgenossen, wenn die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse gemäß § 2059 Abs. 2 gefordert wird. Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft

ergibt sich hier aus der Vorschrift im § 747 ZPO. Wenn dagegen die Erben auf Grund von § 2058 belangt werden, sind sie Streitgenossen im Sinne von § 59 ZPO., denn es gibt weder eine Formvorschrift, inhalts deren sie gemeinsam verklagt werden müßten, noch ist es erforderlich, daß das Rechtsverhältnis ihnen gegenüber einheitlich festgestellt werde. (Vgl. JDR. **4** zu § 2058.)

§ 2058. 1. R. **06** 1199 (Frankfurt). Miterben in der Stellung des § 2058 sind keine notwendigen Streitgenossen. Der Umstand, daß mehrere Streitgenossen in einem Rechtsstreit als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden, kann weder im allgemeinen, noch im Falle des § 2058 notwendige Streitgenossenschaft begründen. (Vgl. JDR. **4.**)

2. R. **06** 621 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 2058 gilt grundsätzlich auch für Vermächtnisse und unterliegt auch der im § 2059 bestimmten Einschränkung, so daß bis zur Teilung des Nachlasses der Miterbe die Nachlaßgläubiger mit Einschluß der Vermächtnisnehmer auf seinen Erbteil verweisen kann.

§ 2059. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 69 ff. Abs. 2 bezieht sich auf die aus der Natur der gesamten Hand folgende, aus dem preußischen Rechte (§ 127 I. 17 ALR.) übernommene gemeinschaftliche Haftung; die Klage auf Leistung „aus dem Nachlaß" ist daher gegen einen einzelnen Erben unzulässig. Klagen auf Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen sind gegen einzelne Erben überhaupt unzulässig. Für Verwaltungsschulden der Miterben sind nicht §§ 2058, 2059, sondern bloß § 427 maßgebend. S. daselbst auch über die Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Baden, Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrechte. Berlin 1906.

§ 2065. KGBl. **06** 22 (LG. I Berlin). Eine letztwillige Bestimmung, daß jemand Nacherbe sein solle, falls der Vorerbe nicht letztwillig anderweit bestimme, ist nicht auf Grund des Abs. 1 für rechtsunwirksam zu erachten. Es liegt aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung vor; die Bedingung ist die Unterlassung der dem Vorerben eingeräumten freien letztwilligen Verfügung.

§ 2066. 1. R. **06** 864 (BayObLG.). Haben Ehegatten in einem vor 1900 abgeschlossenen Erbvertrage bestimmt, daß der Rücklaß des Überlebenden zu einer Hälfte auf die nach der natürlichen Erbfolge berufenen nächsten Blutsverwandten des Mannes, zur anderen Hälfte auf die nach der natürlichen Erbfolge berufenen nächsten Blutsverwandten der Frau erbschaftsweise fallen soll, und ist der Tod des Überlebenden erst nach dem 1. 1. 00 erfolgt, so enthält die Bezugnahme auf die natürliche Erbfolge, wenn nichts anderes bestimmt ist, eine Verweisung auf die Vorschriften des BGB. über die gesetzliche Erbfolge der Verwandten. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **3** Ziff. 1.)

2. SächsRpflA. **06** 329 (Dresden). Eine letztwillige Verfügung, nach der die ehelichen Nachkommen eines Oheims des Erblassers erben und gleichmäßig teilen sollen, bedingt eine Verteilung nach Stämmen, nicht nach Köpfen.

§ 2067. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 386, DNotV. **06** 469, vgl. JDR. **4.**

§ 2069. KGJ. **31** A 125 (KG.). Hat der Erblasser seine Frau als Vorerbin und seine drei Kinder als Nacherben eingesetzt, so verbleibt, falls eines der Kinder die Erbschaft ausschlägt, diese nicht der Vorerbin. Vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, daß die beim Tode des Erblassers vorhandenen Kinder des ausschlagenden Kindes als Ersatzerben berufen sind. Schlagen auch die Ersatzerben den Nacherbteil aus, so wächst dieser den beiden Kindern des Erblassers an.

§ 2078. 1. *Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrechte 4 ff. Um eine „Aufhebung" anzufechten, muß bei der Aufhebung des § 2258 Abs. 1 alles den früheren Verfügungen Widersprechende, bei der des § 2254 nur die eine Widerrufsverfügung angefochten werden. Letzterenfalls können nichtangefochtene andere Verfügungen nach § 2258 von Bedeutung werden. — Beruhen mehrere Verfügungen eines Testaments auf Irrtum, so besteht zwar gleichzeitige Anfechtbarkeit aller, aber facultas alternativa zwischen gleichzeitiger Anfechtung aller und Anfechtung nur derjenigen Verfügung, ohne welche der Erblasser die anderen nicht getroffen haben würde (§ 2085).

2. *Uhland, WürttZ. **06** 262. Die einseitige Anerkennung einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung seitens des gesetzlichen Erben hat nur insofern Bedeutung, als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht darin enthalten ist. (Näheres bei § 1949.)

3. **RG.** BayRpflZ. **06** 15. Die Unterlassung der Erbeinsetzung unter Angabe eines Grundes, der jedoch auf einem Irrtume beruht, berechtigt nicht zu dem Verlangen, als Erbe behandelt zu werden. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 1.)

4. RheinA. **103** I 43, PuceltsZ. **06** 320, R. **06** 804 (Cöln). Der § 2078 Abs. 2 läßt eine Anfechtung zu, soweit der Erblasser zu einer Verfügung durch die irrige Annahme eines Umstandes bestimmt worden ist. Für eine solche Anfechtung ist dagegen kein Raum, wenn der Erblasser infolge einer irrigen Annahme sich hat abhalten lassen, eine Verfügung bestimmter Art zu treffen, es sei denn, daß nachweisbar dieselbe irrige Annahme den Erblasser bestimmt hat, an Stelle der von ihm unterlassenen Verfügung eine andere Verfügung zu treffen. Dann unterliegt aber nur diese letztere Verfügung der Anfechtung, und es können bei einer begründeten Anfechtung auch nur die Rechtsfolgen eintreten, die sich aus dem Wegfalle der durch die irrtümliche Annahme beeinflußten letzteren Verfügung ergeben. (Vgl. JDR. **4**.)

5. Abs. 2. SächsRpflA. **06** 160 (Dresden). Es ist gleichgültig, ob sich der Irrtum des Erblassers auf den Eintritt oder Nichteintritt eines gegenwärtigen oder eines vergangenen oder eines zukünftigen Umstandes bezog (Prot. V 51). Es genügt, daß der Erblasser durch die irrige Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts zur Erbeinsetzung einer bestimmten Person bestimmt worden ist. Doch kommt dabei nur ein Ereignis in Betracht, von dem sich der Erblasser eine Vorstellung gemacht hat. Diese Vorstellung, wenn sie irrig und für die angefochtene Erbeinsetzung bestimmend gewesen ist, würde einen wirksamen Anfechtungsgrund darbieten.

6. OLG. **12** 372, WürttJ. **18** 202, DNotV. **06** 457 (Stuttgart), vgl. bereits JDR. **4**.

7. ElsLothJZ. **06** 280 (Colmar). Die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts durch den mit einem Vermächtnis Bedachten ist keine Anfechtung der letztwilligen Verfügung.

8. OLG. **12** 365, KGBl. **06** 8 (KG.). Bei einem auch nach BGB. zulässigen Schuldvermächtnis (legatum debiti) muß der Anfechtende beweisen, daß der Erblasser durch irrtümliche Annahme des Bestehens einer Schuld zu seiner Anordnung veranlaßt ist oder daß er selbst die vermachte Schuld nachträglich getilgt hat.

§ 2079. **RG.** **62** 13, JW. **06** 24, DNotV. **06** 453. Selbst die Anfechtung aus § 2079 beeinflußt die Fortgeltung eines unter PrALR. errichteten wechselseitigen Testaments insoweit nicht, als der vorher verstorbene mittestierende Ehegatte letztwillig verfügt hatte. Zwar gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen des Art. 213 EGBGB. auch die Frage, welche Rechtsmittel dem Erben offenstehen, um sich von der ihm nachteiligen Wirkung letztwilliger Verfügungen

des Erblassers zu befreien, so daß also z. B. die Anfechtung des § 2079 gegenüber altrechtlichen Testamenten zulässig ist. Aber sie geht nur soweit, als ihr nicht die Bindung des Art. 214 EGBGB. entgegensteht; der Rest von Bindung, der schon nach altem Rechte nicht zu beseitigen war, weicht aus dem § 2079 nicht.

§ 2080. *Baden aaO. 18 ff. a) Abs. 1. „Unmittelbar zustatten kommen" kann auch in der Erlangung des Anfechtungsrechts nach § 2341 bestehen. Hiermit entscheidet sich der bestrittene Fall, ob der nach § 2080 Berechtigte im Falle seiner Erbunwürdigkeit nur selbst nach § 2078 anfechten könne oder ob dies bereits denjenigen gestattet ist, die seinen Erbschaftserwerb wegen Erbunwürdigkeit anfechten können. — Die rechtliche Verbesserung muß für jede von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen gesondert untersucht werden. Zu den Rechtsfolgen bei Anfechtung einer Verfügung ist aber das Eingreifen des § 2085 mit seinen Folgen zu zählen. b) Abs. 2. Wie weit die Einschränkung geht, ist bestritten (vgl. Strohal I 304, Cosack II 684 u. a.). Die durch den Irrtum Benachteiligten sind teils solche, die nicht wegen ihres eigenen Verhältnisses zu dem Testator, sondern nur im Gefolge eines Hauptbedachten begünstigt werden, teils solche, deren Vorteil um ihrer selbst willen in der Absicht des Erblassers lag. Erstere werden durch § 2080 Abs. 2 ausgeschlossen, wenn sich der Irrtum auf jemand anderes bezieht. Letztere können trotz § 2080 Abs. 2 stets anfechten (§§ 2084, 2085).

§ 2081. 1. Abs. 1. *Baden aaO. 30 ff. „Gegenüber dem Nachlaßgerichte" ist auch privatschriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers (aM. Frommhold 123 und Staudinger V 317 u. 66). Nach der Gesetzessprache (vgl. §§ 133 ff.) sind Erklärungen „gegenüber jemandem" die formlosesten.

2. Abs. 2. PosMschr. **06** 113 (LG. Stettin). Das Nachlaßgericht hat nicht die materielle Wirkung einer Testamentsanfechtung nachzuprüfen; es hat vielmehr nur den Eingang der Erklärung demjenigen mitzuteilen, dem die angefochtene Erklärung unmittelbar zustatten kommt.

§ 2084. 1. *Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 229 ff. Bei der Auslegung der Verfügungen von Todes wegen gilt nicht § 157 BGB., daß sie nach der verkehrsüblichen Bedeutung der Worte ausgelegt werden, sondern nur § 133; es gilt der Sinn, den der Erblasser mit den gebrauchten Worten zum Ausdrucke bringen wollte. Die Regel: falsa demonstratio non nocet gilt auch hier (z. B. Schreibfehler usw.).

2. DNotV. **06** 12 (KG.), vgl. IDR. **4** Ziff. 3.

3. HessRspr. **7** 124 (Darmstadt). Eine letztwillige Verfügung ist in erster Linie aus sich selbst zu interpretieren, nur zur Erläuterung und Bestätigung des hieraus gewonnenen Ergebnisses dürfen außerhalb liegende Beweise berücksichtigt werden. Das Gegenteil wäre nicht mehr Auslegung, sondern Schaffung eines neuen Willens. (Vgl. IDR. **1**, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2.)

§ 2085. 1. Mantey, R. **06** 555. Wird zwischen die Zeilen eines bereits vollständigen Testamentes später — sei es auch vom Erblasser selbst — eine Verfügung neu hineingeschrieben, so gehört die neue Niederschrift so wenig zum Testament, wie wenn der nach Feststellung des Testaments erst neu formulierte Gedanke auf einem besonderen Material geschrieben und diese neue Niederschrift für sich in einen eigenen Umschlag gebracht wäre. Mag auch der Wille des Erblassers dahin gegangen sein, die nachträgliche Einschaltung zu einem Teil des Inhalts seines Testaments zu machen, so scheitert doch dieser Wille an den gesetzlich gegebenen Begriffen „Testament und Inhalt des Testaments". — „Enthalten" in einem Testament sind mehrere Verfügungen nur dann, wenn sie innerhalb einer Testamentserrichtung zustande gekommen sind.

2. Über die Gültigkeit eines Testaments trotz Einfügung von Stellen von fremder Hand vgl. zu § 2231 Ziff. II 1 b.

3. **RG. R. 06** 1440. Zuwendung und die mit ihr verknüpfte Auflage sind als selbständige Verfügungen von Todes wegen im Sinne des § 2085 anzusehen.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. 1. ZBlFG. **7** 705 (BayObLG.). Wenn sich Eheleute in einem Erbvertrage gegenseitig als Universalerben, ihre Kinder als Erben auf den gesetzlichen Pflichtteil einsetzen und bestimmen, daß sich die Kinder alles Vorempfangene in den Pflichtteil einrechnen lassen müssen und daß der überlebende Ehegatte in der Verfügung über das Vermögen vollkommen frei und unbeschränkt sein solle, so ist anzunehmen, daß nur der überlebende Ehegatte Erbe wird und die Kinder sich mit einer Abfindung in Geld begnügen müssen.

2. BayObLG. **6** 577, BayRpflZ. **06** 19. Die namentlich im vormaligen Gebiete des bayer. Landrechts in den Ehe- und Erbverträgen übliche Bestimmung, daß bei Ableben eines Eheteils „der überlebende den Kindern die Hälfte des beiderseitigen reinen Vermögens als Vater- oder Muttergut auszuzeigen hat, dagegen den ganzen Rücklaß, insbesondere das beiderseitige Immobiliarvermögen allein eigentümlich erwerben soll", enthält nicht eine Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben und eine Vermächtnisanordnung zugunsten der Kinder, sondern räumt dem überlebenden Ehegatten nur das Recht ein, den Nachlaß von den Kindern um einen dem reinen Werte entsprechenden Geldbetrag zu erwerben.

3. ElsLothJZ. **06** 51 (Colmar). Die Bestimmung eines Ehegatten in einem mit dem anderen abgeschlossenen Erbvertrage, wonach dieser neben dem Nießbrauch am Gesamtnachlasse das ganze beim Tode des Vorversterbenden vorhandene Mobiliarvermögen (mit einigen wenigen Ausnahmen) zum Eigentum erhalten, den gesetzlichen Erben aber der Immobiliarnachlaß (mit einzelnen Ausnahmen) sowie das in der ersteren Bestimmung vorbehaltene Mobiliar verbleiben soll, ist als Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten anzusehen.

4. ElsLothNotZ. **06** 55 (Colmar). Erbteil ist immer nur ein Bruchteil der Erbschaft, niemals ein Nachlaßgegenstand oder eine Mehrheit von Nachlaßgegenständen.

§ 2088. DNotV. **06** 12 (KG.), vgl. bereits JDR. **4**.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Die Stellung des befreiten Vorerben im Grundbuchverkehr beschäftigt die Wissenschaft nach wie vor in hohem Maße. Nachdem das RG. in dieser Frage eine Entscheidung getroffen hat, die die Verwirklichung der Absicht des Erblassers, den Vorerben im Grundbuchverkehr freizustellen, völlig unmöglich macht, sucht man in der Literatur nach Mitteln und Wegen, um dieses Ziel auf andere Weise zu erreichen. Die Ansicht des Reichsgerichts wird allgemein lebhaft bekämpft, besonders eingehend und erfolgreich von Weber, In Widerspruch zum RG. hat sich in einer interessanten Entscheidung das OLG. Stuttgart gesetzt (vgl. zu den §§ 2112, 2113 und 2136).

Literatur: Doehl, Die grundbuchliche Verfügungsmacht des befreiten Vorerben, Gruchots Beitr. **50** 609. — Hachenburg, Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben, DNotV. **06** 321. — Jastrow, Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben und die Aufgabe der Kautelarjurisprudenz, DNotV. **06** 97. — Schefold, Zur Frage des Rechtes des Nacherben vor dem Grundbuchamt, WürttZ. **06** 97. — Schreiber, Vermächtnis statt Nacherbschaft, DNotV. **06** 673. — Weber, Die befreiten Vorerben im Freiheitskampfe gegen Kammergericht und Reichsgericht, DNotV. **06** 601.

§ 2100. 1. WürttZ. **06** 265 (Stuttgart). Eine Quasipupillarsubstitution kann nur noch als Nacherbeinsetzung (beim Tode des Aszendenten vor dem 1. 1. 1900 als Universalfideikommiß) wirksam werden.

2. Vgl. o. § 2065.

§ 2108. *Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge, DNotV. **06** 377, vgl. o. zu § 2033 Ziff. I 2.

Zu §§ 2112 ff. BayObLG. **6** 486 ff., vgl. JDR. **4**.

§ 2112. *Doehl, GruchotsBeitr. **50** 609 ff. Die Dritten, insbesondere dem Grundbuchamte gegenüber fehlende, uneingeschränkte Verfügungsmacht des Vorerben (auch des befreiten) kann durch seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker geschaffen werden, da der Testamentsvollstrecker nach außen frei, nur den Erben gegenüber obligatorisch gebunden ist, während die Verfügungsmacht des Vorerben gegenständlich beschränkt ist (vgl. **RG. 61** 229 ff.).

§ 2113. 1. Hachenburg, DNotV. **06** 321. Eine unentgeltliche Zuwendung des Vorerben an einen Nacherben ist nicht unwirksam, wenn sie unter der Auflage erfolgt, daß die Zuwendung auf den Anteil des Beschenkten an der Nacherbschaft angerechnet werden soll und die Rechte der übrigen Nacherben durch die Zuwendung nicht beeinträchtigt werden. Ist die Schenkung an jemand erfolgt, der nur bedingter Nacherbe ist, so ist die Wirksamkeit der Schenkung ausgeschlossen, wenn er nicht Nacherbe wird. Die unentgeltliche Zuwendung des Vorerben an einen Nacherben ist ferner gültig, wenn sie unter Einwilligung des anderen Nacherben und event. ihrer Ersatzerben, gesetzlichen Vertreter oder des die Rechte und Pflichten der Nacherben ausübenden Testamentsvollstreckers erfolgt. Unter die unentgeltliche Zuwendung im Sinne des Abs. 2 fällt auch die Ausstattung eines Abkömmlings des Vorerben, der zugleich Nacherbe ist. Eine sittliche Pflicht zur Ausstattung ist für die Vorerbschaft nicht anzuerkennen. Der Erblasser kann jedoch rechtsgültig anordnen, daß der Vorerbe jedem seiner Kinder bis zur Höhe eines Kopfteils aus der Vorerbschaft eine Ausstattung geben darf und daß die anderen Nacherben verpflichtet sind, ihre Zustimmung zu geben (Auflage). Ebenso kann der Erblasser anordnen, daß der Nacherbfall eintritt durch eine Erklärung des Vorerben bei der Verheiratung des Nacherben oder seiner Errichtung eines eigenen Haushalts oder Geschäfts. Sofern ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, kann diesen der Erblasser verpflichten, auf Anweisung des Vorerben einen bestimmten Betrag dem auszustattenden Kinde auszufolgen (vgl. das Muster für eine letztwillige Verfügung 334).

2. *Weber, DNotV. **06** 601. Der Vorerbe ist als Erbe und Eigentümer zur Verfügung auch über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke grundsätzlich berechtigt und darin nur durch die Anwartschaft des Nacherben auf die Erbschaft beschränkt. Diese Verfügungsbeschränkung ist zwar buchungsfähig und bei Eintragung des Vorerben buchungspflichtig, aber kein dingliches Recht, welches durch die Verfügung des Vorerben i. S. des § 19 GBO. betroffen wird. Der Vorerbe kann ohne Einwilligung und ohne Eintragung des Nacherben gemäß § 41 Abs. 1 GBO. verfügen, soweit das Testament ihn von den gesetzlichen Beschränkungen befreit, muß aber die Entgeltlichkeit der Verfügung durch Aufdeckung des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts nachweisen, welches die „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung" im Sinne des § 29 GBO. bildet.

§ 2114. RJA. **7** 271 (KG.). Zu den Hypotheken und Grundschulden im Sinne des § 2114 gehören auch Eigentümerhypotheken und Eigentümergrundschulden. Die Zustimmung des Nacherben zur Löschung einer Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, ist daher auch dann erforderlich, wenn der Vorerbe die Hypothek durch Zahlung aus eigenen Mitteln für sich erworben hatte.

§ 2115. 1. R. **06** 185 (Hamm). Wenn gegen einen Vorerben eine Zwangsvollstreckung in einen Nachlaßgegenstand erfolgt, so stellt zwar das Recht des Nacherben ein die Veräußerung hinderndes Recht dar. Ein solches Recht

kann aber während schwebender Zwangsvollstreckung nicht im Wege der Einwendung, sondern nach den §§ 771, 773 ZPO. oder im Wege der Klage geltend gemacht werden. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 3a.)

2. SächsRpflA. **06** 55 (Dresden). Die Widerspruchsklage des Nacherben findet auch gegen Gläubiger des Vorerben statt, die durch Zwangsvollstreckungsmaßregeln den Stamm der Erbschaft beeinträchtigen.

3. PosMschr. **06** 44 (LG. Graudenz). § 2115 enthält keine Vorschrift über das Verfahren der Zwangsvollstreckung, bestimmt vielmehr, daß die Zwangsvollstreckung in einen Erbschaftsgegenstand unter Umständen und unter Beschränkungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam werde. Dies ist eine materiellrechtliche Bestimmung, die das Recht des Gläubigers des Vorerben und damit das Recht des Vorerben selbst beschränkt zugunsten des Nacherben. Es ist eine erbrechtliche Bestimmung und daher auf alte Erbfälle nicht anzuwenden.

§ 2136. 1. *Jastrow, DNotV. **06** 97, wendet sich gegen die herrschende Rechtsprechung, nach welcher auch der von allen Beschränkungen befreite Vorerbe zu Verfügungen beim Grundbuchrichter nicht legitimiert ist, weil man nicht wissen könne, ob nicht unter der Verfügung eine Schenkung sich verberge. (Vgl JDR. **4** Ziff. 4.) Er führt insbesondere aus, daß bei dieser Auffassung Grundstücke und Hypotheken der Mündel und Hauskinder res extra commercium sein würden, weil es hier niemand gibt, der zu Schenkungen legitimiert wäre, und gibt Anleitungen für die Abfassung von Testamenten, solange die herrschende Rechtsprechung noch besteht.

2. Kretzschmar, DJZ. **06** 1347. Der befreite Vorerbe kann grundsätzlich in der Weise frei über die erbschaftlichen Gegenstände verfügen, daß die Verfügungen gegenüber dem Nacherben auch ohne dessen Zustimmung wirksam sind; will der Nacherbe eine Verfügung des befreiten Vorerben nicht gegen sich gelten lassen, so muß er dartun, daß die Verfügung eine unentgeltliche ist und daß somit einer der vom Gesetze bestimmten Ausnahmefälle vorliegt, in denen die Verfügung gegenüber dem Nacherben unwirksam ist. Diese im materiellen Rechte begründete Stellung des befreiten Vorerben bringt es notwendigerweise mit sich, daß ein solcher Vorerbe anders wie der gewöhnliche Vorerbe über ein in das Grundbuch eingetragenes erbschaftliches Recht auch ohne die Zustimmung des Nacherben formell frei verfügen kann; mit Rücksicht auf diese dem befreiten Vorerben zukommende Verfügungsmacht hat das Gesetz die Miteintragung der Befreiung angeordnet, so daß die eingetragene Befreiung die erforderliche Legitimation des Vorerben gegenüber dem Grundbuchamt erbringt. Verlangt man trotzdem die Zustimmung des Nacherben, so enthält dies eine Verkürzung der Rechte des befreiten Vorerben.

3. *Schreiber, Vermächtnis statt Nacherbschaft, DNotV. **06** 673. Zur Vermeidung der Beschränkungen, denen auch der befreite Vorerbe in bezug auf unentgeltliche Verfügungen und nach der gegenwärtig noch herrschenden Rechtsprechung auch in bezug auf Verfügungen über liegenschaftliche Rechte unterliegt, ist vorgeschlagen worden, von der Form der Vor- und Nacherbschaft überhaupt abzusehen und statt dessen den Erstbedachten einfach als Erben einzusetzen, für den Zweitbedachten aber ein Geldvermächtnis auf Höhe des Wertes des Nachlasses anzuordnen.

4. Kempner, JW. **07** 68. Auch für den Fall der Befreiung des Vorerben ist das Recht des Nacherben von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen, aber nur um deswillen, weil der betreffende Gegenstand (Grundstück oder Recht am Grundstücke) ein Bestandteil der Nacherbschaft bleibt, solange der Vorerbe darüber nicht verfügt hat. Durch solche Verfügung aber scheidet das Grundstück oder die Hypothek aus dem Nachlasse, also auch aus der Nacherb-

schaft aus, ohne daß es dazu eines Anerkenntnisses des Nacherben bedurfte. Verboten ist dem Vorerben nur die unentgeltliche Verfügung; ein Kaufvertrag, eine Abtretung, in welcher der Empfang des Entgelts anerkannt ist, fällt darunter nicht. — Der Verf. empfiehlt mit Rücksicht auf die bekannten Entscheidungen des RG. und KG., jedem Erblasser der Befreiung des Vorerben und der Beschränkung des Nacherben auf den Überrest die Bestimmung hinzuzufügen, daß er den Vorerben zum Vollstrecker des Testaments zu dem Zwecke ernennt, daß nur dieser bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausüben und dessen Pflichten erfüllen solle, und daß er als Testamentsvollstrecker auch befugt sein solle, mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

5. Schefold, WürttZ. **06** 97, bespricht die RG.-Entscheidung (JDR. **4** Ziff. 4) und empfiehlt, von Anordnung der befreiten Vorerbschaft abzusehen und durch Erbvertrag oder bei Ehegatten im gemeinschaftlichen Testamente den Erstzubedenkenden als Alleinerben einzusetzen und mit diesem bindend festzulegen, daß die in zweiter Linie zu Bedenkenden dessen Erben werden sollen: ein Ausweg, der allerdings nur verwertbar ist, wenn der erst zu Bedenkende lebenslänglich im Genusse der Erbschaft sein soll.

6. **RG. 61** 228, R. **06** 140, RheinNotZ. **06** 176, vgl. bereits JDR. **4** Ziff. 4.

7. KGJ. **32** A 305, RJA. **7** 221, WürttZ. **06** 270, DNotV. **06** 685, ZBlFG. **7** 446, R. **06** 1453 (Stuttgart). Hat die Erblasserin selbst in der letztwilligen Verfügung, in der sie die Nacherbschaft und die befreite Vorerbschaft angeordnet hat, zugleich auch einem Erben gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme ein Recht auf Übernahme eines Nachlaßgrundstücks eingeräumt, so hat sie damit den anderen Erben zur Pflicht gemacht, ihm das Grundstück, sobald er von jenem Rechte Gebrauch macht, zu übereignen. Die Bestimmung bedarf freilich zu ihrem Vollzuge eines Veräußerungsvertrags zwischen den Beteiligten. Aber dieser Veräußerungsvertrag entspricht der Willensverordnung der Erblasserin, der es freistand, von sich aus (vgl. § 2048) über die Zuteilung einzelner Nachlaßgegenstände bei der Auseinandersetzung Anordnungen zu treffen, die selbstverständlich auch für die von ihr eingesetzten Nacherben maßgebend sein müssen. — Ist dem Grundbuchbeamten durch Vorlegung öffentlicher Urkunden nachgewiesen, daß die Veräußerung des Grundstücks der Anordnung der Erblasserin entspricht, so kann er feststellen, daß die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Rechtes der Nacherben nicht vorliegt. Er darf daher die beantragte Eintragung vornehmen. Es ist nicht abzusehen, weshalb hier zunächst ein nicht begründetes Anrecht der Nacherben auf das Grundstück durch Eintragung im Grundbuche geschützt und der Erwerber auf das Berichtigungsverfahren verwiesen werden sollte. ➠ Weißler, DNotV. **06** 687, erblickt in dieser Entscheidung eine grundsätzliche Abwendung von der Rechtsprechung des RG., da überall, wo der Vorerbe befreit sei, eine Anordnung des Erblassers vorliege, die den Vorerben zur Veräußerung ermächtige, dem Nacherben das Recht des Widerspruchs nehme. Red. ⟵

§ 2142. *Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge, DNotV. **06** 403. Der Nacherbe kann die Nacherbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge noch nicht bindend annehmen. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 2, **4**.)

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2148. R. **06** 621 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 2058 gilt grundsätzlich auch für Vermächtnisse. Der § 2148 kann daher als Regel nur für das Verhältnis der Erben untereinander gelten, sowie dann Anwendung finden, wenn

nicht sämtliche Erben mit dem Vermächtnisse beschwert sind, sofern nicht eine unteilbare Leistung den Gegenstand des Vermächtnisses bildet. Da § 2059 Anwendung findet, kann bis zur Teilung des Nachlasses der Miterbe die Vermächtnisnehmer auf seinen Erbteil verweisen. (Vgl. IDR. 4.)

§ 2156. S. zu § 315.

§§ 2169, 2170. OLG. **12** 395 (KG.). Haben Ehegatten in einem wechselseitigen Testament, in dem sie über ihr beiderseitiges Vermögen verfügt haben, einem Dritten eine beim Tode des Erstversterbenden zu zahlende Geldsumme vermacht, so ist diese Zuwendung ein Vermächtnis. Soweit es aus dem eigenen Vermögen des Überlebenden zu entrichten ist, muß er es dem Vermächtnisnehmer schon bei seinen Lebzeiten verschaffen, weil er infolge der Nichtausschlagung der Erbschaft aus dem Testament an dasselbe gebunden ist und als „Beschwerter" hinsichtlich des ganzen Legats mit dessen sämtlichen Modalitäten gilt.

§ 2169. Verschaffungs- und Übertragungspflicht, s. § 275.

§ 2173. OLG. **12** 365. KGBl. **06** 8 (KG.). Bei einem Schuldvermächtnisse (legatum debiti, Dernburg V 234 zu IV), über das im Gesetze eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, bedarf es eines Beweises, daß eine bezügliche Forderung der Vermächtnisnehmer bestand, nicht; der auf Kosten des Nachlasses zugewendete Vermögensvorteil besteht in der Anerkenntnis der Schuld und in der Beseitigung aller Schwierigkeiten, die dem Gläubiger bei Geltendmachung der Forderung entstehen können.

§ 2174. 1. *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 132. a) Das Vermächtnis einer Unterlassung in Form des legatum sinendi modo ist nicht mehr praktisch. Vermächtnisse, die dem Vermächtnisnehmer gestatten, eine Sache aus der Erbschaft an sich zu nehmen, den Erben aber zur Duldung der Wegnahme verpflichten, sind als Sachvermächtnisse zu behandeln. b) Das Vermächtnis einer reinen Unterlassung wird nur da anzunehmen sein, wo die Absicht des Erblassers nicht auf Verschaffung der Sache oder Befreiung von einem Rechte geht, sondern der Testator nur die zeitweise Ausübung eines dem Erben gegen den Vermächtnisnehmer zustehenden Rechtes verhindern will: z. B. mein Erbe soll die Forderung gegen X. innerhalb der ersten 5 Jahre nach meinem Tode nicht geltend machen, dem X. soll sie bis zum Ablaufe dieser Zeit gestundet sein.

2. KGJ. **32** A 86 (KG.). Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer Erbschaft hat bis zur Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zum Nachlasse gehörigen Sachen und Rechten durch Rechtsgeschäfte des Erben keine dingliche Wirkung.

Fünfter Titel. Auflage.

Literatur: König, Wem kann nach BGB. eine Auflage durch Verfügung von Todeswegen gemacht werden. Verden 1905.

§ 2192. 1. OLG. **12** 353 (KG.). Bestimmt der Erblasser, daß das von ihm verwaltete Vermögen eines seiner Erben diesem — ebenso wie dessen Erbteil — einstweilen nicht ausgehändigt werden soll, so könnte eine solche Bestimmung nur als eine dem Erben gemachte Auflage wirksam sein. In diesem Falle würden die Testamentsvollstrecker keinen Anspruch auf Rückgewähr des Vermögens haben, nachdem sie es einmal dem Erben ausgehändigt haben. Es liegt weder eine ungerechtfertigte Bereicherung des Erben vor, weil er das Vermögen nicht „auf Kosten" eines anderen ohne rechtlichen Grund verlangt hat, noch greift § 2196 Platz, weil die Auflage nicht aus dem Erbteile des Erben, sondern aus seinem eigenen Vermögen zu erfüllen war. Auch als Schadensersatz kann die Rückgabe der Wertpapiere nicht gefordert werden, weil weder der Nachlaß noch die Vollstrecker geschädigt sind, und weil ferner der Erbe die Wertpapiere

nicht durch eine unerlaubte Handlung, sondern infolge der eigenen Handlungsweise der Vollstrecker erlangt hat. Endlich würden letztere auch keinen Anspruch auf Rückgabe der Wertpapiere in Ausübung ihres Amtes als Vollstrecker zur Vollziehung der Auflage haben. Denn diese verpflichtet Erben höchstens dazu, seinen Anspruch auf Auszahlung nicht geltend zu machen und das Geld in der Verwaltung der Vollstrecker zu belassen, nicht aber war ihm die Verpflichtung auferlegt, das Geld zurückzugeben, nachdem er es durch die freiwillige Rechtshandlung der Vollstrecker zur freien Verfügung erhalten hatte.

2. S. o. zu § 315.

§ 2193. RheinA. **102** I 39 (Cöln). Die Einsetzung eines Erben mit der Auflage, das zugefallene Vermögen lediglich zu kirchlichen Zwecken zu verwenden, ist unwirksam, da der von der Erblasserin angegebene Zweck nicht als ein hinreichend bestimmter angesehen werden kann, auch die Person der Empfänger nicht mit genügender Sicherheit ersichtlich ist und anzunehmen ist, daß die Erblasserin die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht hätte (§ 2195).

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung, namentlich das KG., hat sich im Berichtsjahre mehrfach mit interessanten Einzelfragen aus der Lehre von der Testamentsvollstreckung beschäftigt. Von Wichtigkeit sind insbesondere die bei den §§ 2199, 2204 (Ziff. 1) und 2205 mitgeteilten Entscheidungen.

§ 2197. HansGZ. **06** Beibl. 100 (Hamburg). Der Testamentsvollstrecker handelt kraft eines ihm zur Erfüllung bestimmter Aufgaben gegebenen Eigenrechts zu rechts- und prozeßgestaltender Einflußnahme auf eine ihm materiell fremde Interessen- und Rechtssphäre und mit Rechtswirkungen, die den an das Handeln eines gesetzlichen Vertreters sich knüpfenden zwar hier und da verwandt sind, sich mit diesen aber durchaus nicht decken. Er ist dem Erblasser gegenüber kraft konstitutiver Rechtsübertragung Rechtsnachfolger im Sinne des § 445 ZPO. (Vgl. JDR. **1** § 2197 Ziff. 1, § 2203 Ziff. 3, **3** § 2197 Ziff. 2.)

§ 2199. 1. KGJ. **32** A 90 (KG.). Ein Testamentsvollstrecker ist nicht befugt, die gesamten Obliegenheiten seines Amtes dauernd auf einen anderen zu übertragen, es sei denn, daß ihm der Erblasser dies ausdrücklich gestattet hat. Durch einen Bevollmächtigten aber kann er sich in Rechtsangelegenheiten des Nachlasses vertreten lassen, gleichviel, ob die erteilte Vollmacht einen beschränkten oder einen weiteren Umfang hat; selbst die Erteilung einer Generalvollmacht ist nicht unzulässig, wenn nur dem Testamentsvollstrecker das Recht des jederzeitigen Widerrufs der Vollmacht zusteht. (Vgl. JDR. **3**.)

2. KGJ. **31** A 90, DNotV. **06** 462 (KG.). Hat der Erblasser den Testamentsvollstrecker ermächtigt, zu notariellem Protokoll einen Nachfolger zu ernennen, so ist die in dieser Form erfolgte Ernennung nur dann wirksam, wenn der Testamentsvollstrecker die Ausfertigung des Protokolls dem Nachlaßgericht einreicht. Geht das vor der Entlassung des Testamentsvollstreckers aus dem Amte errichtete Protokoll erst nach der Entlassung bei dem Nachlaßgericht ein, so liegt eine gültige Ernennung nicht vor.

§ 2200. 1. KGJ. **31** A 86 (KG.). Hat das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker ernannt und der Ernannte die Wahl angenommen, so kann über die Frage, ob der Erblasser das Gericht um die Ernennung ersucht hatte, nur im Prozeßweg entschieden werden.

2. MecklZ. **24** 229 (Rostock). Auf die sofortige Beschwerde eines Erben gegen die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht kann dieses angewiesen werden, an Stelle des Ernannten eine andere geeignete Person zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, ohne das ein „wichtiger Grund" in der

Person des ersteren vorliegt (§ 2227); denn es handelt sich nicht um Entlassung, sondern um richtige Auswahl, bei der der mutmaßliche Wille des Erblassers und die berechtigten Wünsche der Erben zu berücksichtigen sind.

3. MecklZ. **25** 36 (Rostock). Die Auslegung der in dem altrechtlichen Testament enthaltenen Anordnung einer Spezialkuratel für Volljährige dahin, daß mit ihr die Ernennung eines neurechtlichen Testamentsvollstreckers gewollt sei, enthält keine Verletzung von Auslegungsregeln. Freilich fällt die Möglichkeit vormundschaftsgerichtlicher Aufsicht damit weg.

§ 2202. Drewes, KGBl. **06** 97. Die Erklärung der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes kann formlos geschehen, also durch bloße privatschriftliche Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Damit wird aber kein öffentlicher Ausweis geschaffen. Ein solcher wird vielmehr allein dadurch erlangt, daß der Testamentsvollstrecker persönlich vor dem Nachlaßgericht erscheint, dort erklärt, daß er das Amt annehme, und eine Ausfertigung der hierüber von dem Richter aufgenommenen Verhandlung beantragt. In Verbindung mit der Ausfertigung des öffentlichen Testaments und der vor dem Nachlaßrichter erklärten Annahme ist dann der Testamentsvollstrecker gehörig ausgewiesen. Dieser Ausweis genügt auch vor dem Grundbuchamte nach § 36 GBO. Liegt ein öffentliches Testament vor und wählt der Testamentsvollstrecker den Weg der formlosen Annahmeerklärung, so ist er als Vollstrecker noch nicht ausgewiesen. Er bedarf noch des Zeugnisses oder einer Bescheinigung des Nachlaßgerichts über die Annahme des Amtes als Vollstrecker.

§§ 2203—2205. **RG. 61** 139, RheinNotZ. **06** 162, R. **06** 138, vgl. IDR. 4.

§ 2204. 1. KGJ. **31** A 299 (KG.) Der ohne Anordnung von Beschränkungen ernannte Testamentsvollstrecker kann zum Zwecke der Auseinandersetzung unter den mehreren Erben ein Nachlaßgrundstück an einen Miterben auflassen, ohne nachweisen zu brauchen, daß er die Erben über den Auseinandersetzungsplan gehört hat. (Abs. 2 betrifft nur das innere Verhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben.) Der Testamentsvollstrecker kann aber nicht zugleich für den Miterben, dem er das Grundstück zugewiesen hat, die Auflassung entgegennehmen; vielmehr muß dieser Miterbe bei der Auflassung als Auflassungsempfänger mitwirken.

2. R. **06** 864, BayRpflZ. **06** 344 (BayObLG.). Soll ein Grundstück zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten von dem Testamentsvollstrecker in Geld umgesetzt oder das Eigentum an einem vermachten Grundstück auf den Bedachten übertragen werden, so bedarf es der Auflassung und Eintragung in das Grundbuch; das gleiche gilt, wenn ein Grundstück dem Erben übereignet werden soll, dem es im Auseinandersetzungsplan zugeteilt ist; die Zuteilung allein vermag den Übergang des Eigentums nicht zu bewirken.

§ 2205. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1005, IW. **06** 133, DNotV. **06** 462, BayRpflZ. **06** 140. Zum Nachweise der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vor dem Grundbuchamt bedarf es neben dem vom Nachlaßgericht erteilten Zeugnisse über die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht noch eines besonderen Zeugnisses des Nachlaßgerichts darüber, daß der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen hat.

2. SeuffA. **61** 382 (KG.). a) Ist nach Ausweis des Erbscheins eine Testamentsvollstreckung angeordnet und ergibt sich die Person des Testamentsvollstreckers aus dem öffentlichen Testament, so kann zwar nicht Vorlegung eines Zeugnisses nach § 2368 verlangt, wohl aber muß dem Grundbuchrichter die Annahme des Amtes in der Form des § 29 GBO. dargetan werden. b) Hat der Erblasser ein Grundstück mit der Verpflichtung gekauft, einen Teil des Kaufpreises

zu zahlen, für den anderen am Grundstück Kaufgelderhypothek zu bestellen, so ist das Grundstück dem Testamentsvollstrecker aufzulassen und von ihm die Eintragung des Eigentums der Erben zu beantragen und die Kaufgelderhypothek zu bewilligen.

3. KGBl. **06** 91 (LG. I Berlin). Die Zeichnung der Firma eines zu einem Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts hat im Falle der Bestellung eines Testamentsvollstreckers regelmäßig durch diesen, nicht durch den Erben zu erfolgen.

4. DNotV. **06** 11, 461 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

5. DNotV. **06** 19 (KG.), vgl. JDR. **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 3.

6. Über den Unterschied der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und der des Vorerben s. zu § 2112.

§ 2206. BadRpr. **06** 116 (Karlsruhe). Wenn der Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Eingehung von Schulden für den Nachlaß hat, so muß zur Gültigkeit dieser Verbindlichkeiten das Erfordernis, daß die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nötig ist, objektiv vorhanden sein; der gute Glaube des Gegenkontrahenten ersetzt den objektiven Mangel nicht. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, 3.)

§ 2207. Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 282. Der Gesellschafter, der nach dem Ableben des anderen in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrags das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen anmeldet, nachdem er von dem anderen zum unbeschränkten Testamentsvollstrecker bestellt war, bedarf nicht der Einwilligungserklärung der Erben hierzu.

§ 2209. 1. KGJ. **31** A 259 (KG.). Der Erblasser kann anordnen, daß der Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Erbteils eines Erben auch nach beendeter Nachlaßteilung fortzuführen hat. Erstreckt sich diese Verwaltung auf ein Grundstück, so ist bei Eintragung des Erben als Eigentümer die Ernennung des Testamentsvollstreckers von Amts wegen miteinzutragen.

2. KGJ. **32** A 87 (KG.). Hat der Erblasser seine Witwe und seine Kinder zu Erben eingesetzt und seiner Witwe bis zu einem gewissen Zeitpunkt den Nießbrauch und die Verwaltung seines Nachlasses eingeräumt, so kann hierin die Ernennung der Witwe zur Testamentsvollstreckerin im Sinne des § 2209 gefunden werden.

§ 2211. 1. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 488. Die Verfügungen des zur Verfügung nicht berechtigten Erben sind ungültig. Für den von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers frei werdenden Erben werden die von ihm während des Zeitpunktes, wo ihm das Verfügungsrecht mangelte, gemachten Verfügungen so rechtswirksam, wie wenn er erst jetzt das Eigentum erwürbe. Rechtshandlungen des Erben, die noch keine Verfügungen sind, aber durch Eintragung in das Grundbuch zu Verfügungen werden können, dürfen nicht dahin wirken, diese Eintragung zu begründen, bis der Gegenstand der Verfügung von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers frei geworden ist. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 1.)

2. *Siber, IheringsJ. **50** 114. Wenn der Testamentsvollstrecker Treuhänder ist, so ist es doch nicht richtig, daß der Nachlaßschuldner dem Erben nur schulde, dem Treuhänder nur hafte. Er schuldet und haftet vielmehr dem Erben zu vollem, dem Treuhänder zu begrenztem Rechte; der Anspruch des Treuhänders ist ein altruistischer.

Zu §§ 2212, 2213. 1. PosMschr. **06** 11, DNotV. **06** 465 (Königsberg). Der Testamentsvollstrecker ist zu einem Prozesse, in dem das Erbrecht als solches den Streitgegenstand bildet, nicht legitimiert (vgl. JDR. **1** Ziff. 4). Er kann daher die Ausschlagung des Erben nicht anfechten.

2. OLG. **13** 130 (Dresden). Mit dem Wegfall des Testamentsvollstreckers erledigt sich die Beschränkung des Verfügungsrechts der Erben, und sie erlangen

in den von dem Vollstrecker geführten Prozessen die Legitimation zur Sache derart, daß sie ohne weiteres an seine Stelle in die Parteirolle einrücken. Stand jedoch dem Vollstrecker in dem Rechtsstreit ein Teil der Erben als Partei gegenüber, so können naturgemäß nur die übrigen Erben an seine Stelle treten. Dieser Wechsel in der Parteirolle hat in der Regel eine Unterbrechung des Verfahrens nicht zur Folge (vgl. zu § 241 ZPO.).

§ 2212. 1. **RG.** JW. **06** 207. Ist die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers letztwillig auf enge Grenzen (vorliegend auf die Verwaltung der einem Miterben zugewiesenen Hypotheken und Kapitalien) eingeschränkt, so ist die Fortsetzung des vom Erblasser begonnenen Patentnichtigkeitsverfahrens nicht als ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht aufzufassen. Es ist daher der Prozeßeintritt der Erben selbst für zulässig und genügend anzusehen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 388, DNotV. **06** 465, vgl. JDR. **4**.

§ 2215. OLG. **12** 373, KGBl. **06** 59 (KG.). Das Recht des Erben aus § 2215 bildet einen Bestandteil des Erbrechts am Nachlaß und ist, da der Anteil eines Miterben übertragbar ist, in dem Anteil am Nachlaß mitenthalten, übertragbar und pfändbar. Dem Pfändungsgläubiger, dem ein Erbanteil nur zum Teil überwiesen ist, steht der Anspruch aus § 2215 nicht zu.

§ 2216. OLG. **12** 374 (Hamburg). Vorschriften, die eine erhebliche Gefährdung des Nachlasses in sich schließen (Verbot des Verkaufs eines Grundstücks unter einem — nicht erzielbaren — Preise), sind außer Kraft zu setzen, mag der Erblasser ihre gefährdende Wirkung gekannt haben oder nicht.

§ 2218. 1. ElsLothNotZ. **06** 353, ElsLothJZ. **06** 573, R. **06** 1264 (Colmar). Dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, sowie dem Vermächtnisnehmer steht ein Anspruch auf Auskunftserteiluug gegen den Testamentsvollstrecker nicht zu.

2. Vgl. o. zu § 2199.

§ 2224. KGJ. **31** A 94 (KG.). Auch wenn die mehreren Testamentsvollstrecker das Amt nicht im vollen Umfange gemeinschaftlich führen, hat das Nachlaßgericht bei einer Meinungsverschiedenheit zu entscheiden, falls nach den Anordnungen des Erblassers der eine Testamentsvollstrecker im Einverständnisse mit den anderen handeln soll.

2. **RG. 61** 143, R. **06** 138, vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

3. **RG.** SeuffA. **61** 199, vgl. JDR. **3.**

§ 2227. Vgl. o. § 2200 Ziff. 2.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Testamentserrichtung hat im Berichtsjahre namentlich in der Rechtsprechung von dem gesamten Erbrecht die größte Berücksichtigung gefunden. Aus der Literatur seien die Erörterungen Hölders und Gößlers über das Datum des eigenhändigen Testaments erwähnt. Von den mitgeteilten Entscheidungen ist die des RG. (§ 2242 Ziff. 1) über die räumliche Aufeinanderfolge der Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, genehmigt und unterschrieben worden ist, und der Unterschriften der Beteiligten von größter Bedeutung für das gesamte Beurkundungswesen. Von Wichtigkeit ist ferner die RGEntscheidung, in der ein eigenhändiges Testament, obgleich in ihm ein Teil von dritter Hand geschrieben worden war, für gültig erklärt wurde (§ 2231 Ziff. II 1 b). Das KG. beschäftigt sich eingehend mit dem Datum des Testaments und verlangt dessen unbedingte Richtigkeit. Dem dürfte sicherlich insoweit zu widersprechen sein, als offenbare Schreibfehler in der Datierung (wie z. B. 1800 statt 1900) das Testament nicht ungültig machen können. Auch das weiterhin von dem 1. ZivSen. des KG. aufgestellte Erfordernis, daß das eigenh. Testament zum mindesten mit dem Familiennamen oder dem vom Testator im Verkehr gebrauchten Namen vollzogen werden müsse, geht offenbar zu weit. In er-

freulichem Gegensatz zu dieser Entscheidung hat auch der 3. Zivilsenat desselben Gerichts ein nur mit dem Vornamen unterzeichnetes Testament für gültig erklärt (§ 2231).

Eine allzustrenge Auslegung der für die Testamentserrichtung gegebenen Formvorschriften sollte namentlich bei der Prüfung der Gültigkeit der eigenhändigen Testamente vermieden werden. Sind doch im Berichtsjahre mehrfach Stimmen laut geworden, die auf die großen Gefahren des eigenhändigen Testaments hinweisen. Nach Stranz, DJZ. **06** 579, erwies sich bei einer Abteilung des AG. Berlin-Mitte die Mehrzahl der eröffneten Testamente wegen Formmängel als ungültig; die nicht aus Formmängel ungültigen entbehrten infolge unverständlicher und zweckwidriger Bestimmungen großenteils eines klaren Inhalts. Er warnt daher, zumal auch das Erbscheinsverfahren auf Grund eigenhändiger Testamente umständlich und kostspielig sei, vor deren Errichtung (vgl. auch zu § 2231 Ziff. I 1).

Literatur: Gößler, Zur Lehre von der Datierung des eigenh. Testaments. Stuttgart 1906. — Hölder, Das Datum des eigenhändigen Testaments, JheringsJ. **50** 277. — Kerckhoff, Testamente ohne Nachlaß, ElsLothNotZ. **06** 1.

§ 2231. I. Allgemeines. 1. Drewes, KGBl. **06** 97, vergleicht die infolge des eigenhändigen Testaments entstehenden Kosten mit denen des öffentlichen Testaments, Erbscheins und Testamentsvollstreckerzeugnisses und gelangt zum Ergebnis, daß es sich überhaupt nicht empfiehlt, ein eigenhändiges Testament zu errichten, außer, wenn weder ein Erb- noch ein Vollstreckerausweis erforderlich ist, insbesondere, wenn geringer Nachlaß vorhanden ist, der sich bereits im Besitze des Erben (aber nicht von Sparkassen, Banken usw.) befindet.

2. *Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 237 ff. Auch die Formvorschriften bei letztwilligen Verfügungen müssen ausgelegt werden und zwar restriktiv, so daß möglichst wenig an Formen gefordert werden darf. — Zeit- und Ortsangabe beim eigenhändigen Testament (242 ff.).

II. Ziff. 2. Eigenhändiges Testament. 1. Text des Testaments. **a)** OLG. **12** 381, DNotV. **06** 451, SeuffA. **61** 22 (KG.). Hat der Erblasser nach dem 1. 1. 00 in der Form eines eigenhändigen Testaments erklärt „Das, was ich früher geschrieben habe, soll mein Testament sein" und sind seine früheren Erklärungen ausweislich ihrer besonderen Datierungen unzweifelhaft vor dem 1. 1. 00 niedergeschrieben worden, so ist das Testament nichtig, weil dem Erfordernis des § 2231 nicht genügt ist, wonach das ganze Testament in allen seinen Teilen nach dem 1. 1. 00 auch eigenhändig geschrieben sein muß. **b)** RG. **63** 23, JW. **06** 230, DJZ. **06** 653, DNotV. **06** 450, PuceltsZ. **06** 193. Ein eigenhändiges Testament ist nicht schon deshalb, weil ein Satzteil (vorliegend ein ein Vermächtnis enthaltender) von fremder Hand geschrieben ist, seinem ganzen Inhalt nach nichtig. Die Form des eigenhändigen Testaments ist rechtlich nach Grund, Zweck und Bedeutung nichts anderes als die Form des gerichtlichen oder notariellen Testaments. Auch bei diesen Testamenten können Zusätze, Einschaltungen oder Ergänzungen vorkommen, die nicht als gerichtlich, bzw. notariell beurkundet zu gelten haben. Dergleichen Vorkommnisse zwingen aber nicht zu dem Schlusse, die ganze Testamentserrichtung als keine gerichtliche, bzw. keine notarielle zu erachten. Das eigenhändige Testament nimmt in dieser Beziehung keine Sonderstellung ein. Auch seine Form unterliegt den allgemeinen Formvorschriften, mithin auch der mit ihnen im Zusammenhange stehenden Auslegungsvorschrift des § 2085. Hiernach ist vorliegend unbedingt nur das von fremder Hand eingefügte Vermächtnis ungültig. In betreff des übrigen Inhalts des Testaments haben die klagenden gesetzlichen Erben den Nachweis zu führen, daß der Erblasser ohne die Vermächtnisauflage die Erbeseinsetzung nicht vorgenommen haben würde. (Vgl. auch JDR. **4** Ziff. 1, **1** Ziff. 10 und o. § 2085.)

2. Datum. **a)** *Hölder, JheringsJ. **50** 277. Daß, wie RG. **51** 166 (JDR. **1** Ziff. 4) erklärt, als Datum erforderlich sei „eine genaue und richtige

Angabe, die den Gesamtinhalt des Testaments decke", wäre nur möglich, wenn dieses in seinem ganzen Umfang an einem Orte und Tage niedergeschrieben sein müßte. Dies ist jedoch nicht der Fall und wird auch vom Reichsgericht nicht angenommen. Das Datum bedeutet nicht den Tag, an dem, sondern den Tag, für den das Testament errichtet ist, so daß es nach dem Willen des Testators nicht gilt, wenn es nicht gelten könnte als ein an diesem Tage errichtetes. Dagegen geht es solchen ihm widersprechenden Testamenten vor, die aus der Zeit vor dem genannten Tage stammen oder als eigenhändige Testamente datiert sind. Für die Zeit der Testamentserrichtung liefert das Datum keinen Beweis. Sie bedarf desselben nicht, wenn nach Lage der Sache nicht der Verdacht der Errichtung des Testaments zu einer Zeit besteht, zu der dem Testator die Fähigkeit seiner Errichtung fehlte. **b)** *Gößler, Zur Lehre von der Datierung des eigenhändigen Testaments. Die Angabe des Ortes und Tages muß richtig sein. Richtig ist dasjenige Datum, das dem Orte und Tage entspricht, an welchem von den drei Bestandteilen des eigenhändigen Testaments: Niederschrift der Erklärung, Unterschrift und Datierung, der letzte hinzugefügt wird; aus diesem Grundsatz ergeben sich wichtige Folgen für nachträgliche Änderungen des Testaments. — Die Folge der Unrichtigkeit des Datums ist Nichtigkeit, einerlei, ob sie absichtlich oder unabsichtlich erfolgt ist; unschädlich sind nur wirkliche Schreibfehler, vorausgesetzt, daß aus der fehlerhaften Datierung selbst das richtige Datum klar ersichtlich ist. — Für die Richtigkeit des vom Erblasser angegebenen Datums spricht eine tatsächliche Vermutung. **c)** OLG. **12** 375, KGJ. **31** A 103, RJA. **6** 173, DNotV. **06** 268, ZBlFG. **6** 698, ElsLothNotZ. **06** 139, R. **06** 267 (KG.). Das Datum des eigenhändigen Testaments muß richtig sein (unter ausführlicher Begründung und Widerlegung der gegenteiligen Ansichten). Übereinstimmend: **d)** BayObLG. **6** 706, OLG. **12** 379, DNotV. **06** 447, DJZ. **06** 548, BayRpflZ. **06** 43, RheinARV. **23** 167, R. **06** 55, JustizdRundsch. **06** 43. Ein Schriftstück, in dem der Erblasser Anordnungen niedergeschrieben hat, die er zum Inhalte seines Testaments machen will, ist noch nicht ein Teil des Testaments, sondern lediglich ein Entwurf ohne rechtliche Bedeutung. Das Testament wird erst dadurch errichtet, daß der Erblasser es zum Abschluß bringt; als Ort und Tag der Errichtung ist daher der Ort und Tag des Abschlusses anzugeben. Hat der Erblasser den ersten Teil des Inhalts des Testaments schon vor dem 9. 5. 05 niedergeschrieben und an diesem Tage die letzten Anordnungen, die Angabe des Ortes und Tages und die Unterschrift hinzugefügt, so hat er das ganze Testament am 9. 5. 05 errichtet, die früher niedergeschriebenen Teile sind erst an diesem Tage Bestandteile des Testaments geworden, indem der Erblasser sie zu diesem Zwecke verwendet hat (**RG. 52** 277, RJA. **2** 13, Dernburg V § 30 Anm. 3, Endemann III 119, Staudinger V 532 Bem. 5 C 2, vgl. auch JDR. **1** Ziff. 4, 8, 9, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 4). **e)** SächsRpflA. **06** 326 (Dresden). Ein privatschriftliches Testament ist nicht deshalb nichtig, weil es im Datum einen Schreibfehler enthält („den 18. April 1804) arg. §§ 318, 319 ZPO.; es bedarf auch zur Unschädlichmachung des Schreibfehlers nicht der Anfechtung nach §§ 2078 ff., da der Irrtum im Datum kein solcher über die Willenserklärung ist. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 9, **2** Ziff. 1, **4** Ziff. 4.) **f)** OLG. **12** 380, DNotV. **06** 448 (KG.). Die Ortsangabe „Bln. W." [abgekürzte Form für Berlin W.] ist als ausreichende Ortsangabe anzusehen, obgleich der Erblasser das Testament in dem Vorort von Berlin Schöneberg errichtet hat. **g)** RJA. **7** 15, DNotV. **06** 447, ZBlFG. **7** 71, BayRpflZ. **06** 368, R. **06** 643 (KG.). Ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament ist ungültig, wenn zur Bezeichnung des Ortes der Errichtung nicht der Name der Stadt, wo die Testamentserrichtung erfolgte, sondern nur eine Straße innerhalb der Stadt angegeben ist. Es genügt nicht, daß der Ort der

Testamentserrichtung erkennbar oder anderweit feststellbar ist, sondern es muß der Ort angegeben, d. h. in der nach den lokalen Verhältnissen für die Datierung von Schriftstücken allgemein gebräuchlichen Weise als Teil der Datierung auch wirklich niedergeschrieben sein (vgl. Montag, GruchotsBeitr. **43** 651).

3. Unterschrift. **a**) Glaser, DJZ. **06** 646. Das Testament braucht nicht notwendig mit dem Namen des Testators unterschrieben zu sein, es reicht vielmehr jede Unterschrift aus, die sich nur irgendwie als — individualisierende oder nicht individualisierende — „Unterschrift" im allgemeinen Sinne des Wortes darstellt (z. B. dein Vater, der Obige). **b**) OLG. **12** 381, KGJ. **31** A 109, RJA. **6** 261, DNotV. **06** 448, ZBlFG. **6** 798, DJZ. **06** 433, R. **06** 525 (KG.). Das eigenh. Test. ist mindestens mit dem Familiennamen oder mit demjenigen Namen zu vollziehen, den der Testator im Verkehre zu tragen pflegt. Hiernach genügt die Unterzeichnung eines eigenh. Testaments mit dem bloßen Vornamen nicht, es sei denn, daß der Testator sich desselben wie eines angenommenen an Stelle des Familiennamens im Verkehre zu bedienen und mit ihm im Geschäftsverkehre bezeichnet zu werden pflegt. (Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 11, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 3 a. Gegen die Entscheidung wendet sich Weißler, DNotV. **06** 449.) **c**) KGBl. **06** 65 (KG.) erachtet eine Testamentsunterschrift nur mit dem Vornamen für zulässig: der Gesetzgeber hat es im BGB. absichtlich vermieden, für die Namensunterschrift (§ 126) bestimmte Erfordernisse aufzustellen, und wie es im rechtsgeschäftlichen Verkehr anerkannten Rechtens ist, daß Personen sich nicht des ihnen zustehenden Familiennamens ausschließlich bedienen müssen, sondern sogar mit einem Pseudonym unterschreiben dürfen, so muß es nach der Verkehrssitte auch für zulässig erachtet werden, daß Schriftstücke, die wesentlich für den Kreis von Familienmitgliedern bestimmt sind, wie Briefe an die Geschwister, auch wenn sie ein Testament enthalten, nur mit dem Namen unterzeichnet werden, dessen die Beteiligten sich im Verkehre miteinander zu bedienen pflegen, d. h. mit dem Vornamen. In solchem Falle ist durch die Unterschrift des Vornamens das Testament formell abgeschlossen; es ist eigenhändig unterschrieben im Sinne des § 2231 Nr. 2. Daß vorliegend außer den ebenfalls nur mit Vornamen bezeichneten Geschwistern der Erblasserin noch andere Personen bedacht sind, erscheint nur von nebensächlicher Bedeutung und keinesfalls geeignet, die Gültigkeit des Testaments in Frage zu stellen. Insoweit endlich aus der Unterschrift nur mit dem Vornamen die Bezeichnung des Erblassers (vgl. § 2241 Nr. 2) in anderen Fällen zweifelhaft sein kann, würde das immer nur die hier gar nicht streitige Beweisfrage betreffen, nicht die Formfrage. (Vgl. Brock, Das eigenhändige Testament 79; Rocholl, Die Erfordernisse des eigenhändigen Testaments 40 ff.) **d**) BayRpflZ. **06** 365, JustdBl. **06** 170 (Nürnberg). Eine, wenn auch schlecht geschriebene und schwer leserliche Unterschrift ist unschädlich, wenn es nur einigermaßen möglich ist, sie als den Namen des Erblassers zu entziffern. **e**) **RG.** **61** 7, vgl. JDR. **4** Ziff. 3 c. **f**) HansGZ. **06** Beibl. 309 (Hamburg). Ein eigenhändiges Testament, das mit den Worten: „Geschrieben am 13. August 1902 m. pr., N. N. Pastor emeritus, z. Zt. in Hamburg, Rabenstraße 5" schließt, ist formgültig, obwohl die Ortsangabe der Namensunterschrift nachfolgt. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 4 f.)

Zu §§ 2238, 2239. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1010, PosMschr. **06** 11, DNotV. **06** 443, SeuffBl. **06** 602. Die auf Klarstellung und Kundgebung des letzten Willens des Erblassers gerichtete Testamentsverhandlung muß so beschaffen sein, daß die mitwirkenden Personen, insbesondere beide Zeugen, aus dem Verlaufe der sich vor ihnen vollziehenden Verhandlung klar zu erkennen vermögen, worauf der wirkliche Wille des Erblassers gerichtet ist; die zugezogenen

Zeugen sollen ferner als Kontrollpersonen in die Lage versetzt werden, zu überwachen, daß der wirkliche mündlich erklärte Wille des Erblassers in dem gemäß §§ 2240 bis 2242 aufgenommenen Protokolle richtig zum Ausdrucke gebracht wird. Aus dem Inhalt und Zweck des in den §§ 2238, 2239 enthaltenen Vorschriften kann jedoch nicht gefolgert werden, daß nur eine solche mündliche Erklärung Anspruch auf rechtliche Beachtung hat, die vom Erblasser in ausführlicher Rede, durch einzelne Sätze oder mit eingehenden Worten kundgegeben wird. Es kann daher die mündliche Erklärung des Erblassers auch auf dem Wege einer Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen dem mit der Aufnahme des Testaments betrauten Beamten und dem Erblasser zum Ausdrucke gelangen; hierbei ist die Benutzung oder Vorlesung einer Niederschrift oder eines Entwurfes des Testaments nicht schlechthin ausgeschlossen.

2. **RG. 63** 86, JW. **06** 310, DNotV. **06** 441. Ist im Beisein der Testamentszeugen eine letztwillige Erklärung des Erblassers gar nicht abgegeben worden, hat sich ihre Mitwirkung vielmehr nur auf den letzten Teil der Testamentsverhandlung, die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls beschränkt, so ist das Testament nichtig (vgl. JDR. **4** § 2238 Ziff. 3, § 2240).

3. **RG.** WürttZ. **06** 20, vgl. JDR. **4** § 2238 Ziff. 3, § 2239 Ziff. 2.

§ 2240. PosMschr. **05** 188, DNotV. **06** 279 (Posen). Im BGB. und FGG. wird unter dem „Protokoll" in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche die ganze Urkunde, die ihren Abschluß erst durch die Unterschrift der Urkundspersonen erhält, verstanden, wenn sich nicht aus dem Zusammenhang ergibt, daß mit dem Protokolle nur der bisher entstandene Teil des Protokolls gemeint sein kann. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 1.)

§ 2241. OLG. **12** 375, KGJ. **31** A 103, RJA. **6** 173, ZBlFG. **6** 698, R. **06** 267, DNotV. **06** 268, ElsLothNotZ. **06** 139 (KG.). Das Datum des öffentlichen Testaments (Ort und Tag der Verhandlung) muß richtig sein. Eine Unrichtigkeit macht das Testament nichtig, auch wenn sie auf Irrtum beruht (unter ausführlicher Begründung und Widerlegung der gegenteiligen Ansichten). Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **2** und oben zu § 2231.

§ 2242. 1. Abs. 1. **a)** **RG. 62** 1, JW. **06** 210, RJA. **7** 45, DNotV. **06** 213, DJZ. **06** 413, ZBlFG. **7** 94, PrJMBl. **06** 86, PosMschr. **06** 44, RheinNotZ. **06** 97, SächsJMBl. **06** 10, SeuffBl. **06** 216, OldZ. **06** 86, SächsRpflA. **06** 147, PucheltsZ. **06** 211, BayRpflZ. **06** 162, JustdRundsch. **06** 122, SeuffA. **61** 427, R. **06** 210, HessRspr. **7** 18. Bei der gerichtlichen und notariellen Beurkundung von Rechtsgeschäften darf die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen unterschrieben sei, den Unterschriften der Beteiligten räumlich nachfolgen. ➠ RG. hat somit die dem JDR. **4** Ziff. 1a mitgeteilten Urteile zugrunde liegende Rechtsansicht, wonach eine derartige Aufeinanderfolge der Unterschriften und des Feststellungsvermerkes die öffentliche Beurkundung nichtig macht, aufgegeben. — Red. ⟵ **b)** DNotV. **06** 11 (Hamburg) vgl. JDR. **4** Ziff. 1c.

2. Abs. 2. **a)** Schultze-Görlitz, ZBlFG. **7** 468. Ein **Blinder** ist nicht fähig, eine Unterschrift im Sinne des § 177 FFG. und des § 2242 BGB. unter einer öffentlichen Beurkundung zu leisten, weil er wegen Mangels der eigenen Sinneswahrnehmung nicht wissen kann, wohin er unterschreibt und deshalb seine etwaige Namenszeichnung als Unterschrift in der rechtlichen Bedeutung der genannten Bestimmung nicht anerkannt werden kann. Er steht einem Schreibensunfähigen gleich. Die Erklärung, blind zu sein, umfaßt zugleich die Erklärung, nicht schreiben zu können. (Gegen Jastrow, Formularbuch (14) 44 Anm. 7e zu § 177 FGG.; vgl. JDR. **3** Ziff. 1c, **4** Ziff. 1b.) **b)** **RG. 63** 31, JW. **06** 309, PosMschr. **06** 47, DNotV. **06** 362, RheinNotZ. **06** 104. In

dem über eine Testamentserrichtung aufgenommenen Protokolle schließt die sachliche Erklärung der Erblasserin mit den Worten ab: „Weiter habe ich nichts zu bestimmen". Sodann wird fortgefahren: „Das Protokoll wurde hierauf der Testatorin laut vorgelesen und von ihr genehmigt. Sie erklärte, daß sie nicht schreiben könne. Geschlossen." Es folgen die Unterschriften des Richters und des Gerichtsschreibers. Nach RG. ist das Testament rechtsgültig: Die Vorlesung und Genehmigung des Feststellungsvermerkes über die erklärte Schreibensunfähigkeit darf grundsätzlich als entbehrlich gelten. Die urkundliche Feststellung, der Erblasser habe erklärt, daß er nicht schreiben könne, ist ein Zeugnis, dessen Aussteller die mitwirkenden Personen allein sind und dessen Vollwirksamkeit das Gesetz an die Bedingung einer hinzukommenden Bestätigung durch den Erblasser nicht gebunden hat. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 2 b, c, **4** Ziff. 2 a.) **c)** SeuffA. **61** 471, R. **06** 1140 (BayObLG.). Erklärt der Erblasser aus Anlaß der Aufnahme eines Testaments, daß er nicht schreiben könne, so genügt es nicht, daß diese Erklärung erst nach einem vergeblichen Versuche, das Testament zu unterschreiben, festgestellt wird. Ist aber die Unterschrift unter Abkürzung des Vornamens erfolgt und, soweit der Familienname in Betracht kommt, zwar undeutlich, aber doch erkennbar, so ist die Feststellung, daß der Erlasser nicht schreiben könne, belanglos. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 5 und 6, **3** Ziff. 2.) **d)** PosMschr. **05** 188, DNotV. **06** 279 (Posen). Die Feststellung der Erklärung eines Beteiligten, daß er nicht schreiben könne, muß als Ersatz für die Unterschrift ebenso behandelt werden, wie diese; sie findet ihre Stelle im Protokolle daher hinter dem Vermerk über die geschehene Vorlesung und Genehmigung. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2.) **e)** SeuffA. **61** 200 (Dresden) vgl. JDR. **4** Ziff. 2 e.

3. Abs. 3. **a)** Cordes, DJZ. **06** 476. Der Ausdruck „unterschreiben" im Abs. 3 kann nur bedeuten, daß die Namenszeichnung unter derjenigen Erklärung zu erfolgen hat, welche durch sie gedeckt werden soll. Durch die Unterschrift der Urkundsperson soll der ganze in der Urkunde dargestellte Vorgang, auch die Tatsache der Unterzeichnung des Inhalts der Erklärung durch die Beteiligten, legalisiert werden. Indem zu dieser Legalisierung vom Gesetze die Unterschrift der Urkundsperson vorgeschrieben ist, folgt, daß diese Unterschrift sich räumlich unter der Namenszeichnung der Beteiligten befinden muß. (Vgl. dagegen JDR. **4** Ziff. 1 d.) **b)** KGJ. **32** A94, RJA. **7** 181, ZBlFG. **7** 417, R. **06** 1402 (KG.). Durch die Unterzeichnung des am Schlusse der Beurkundung stehenden Vermerks, daß das Protokoll vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben ist, seitens der mitwirkenden Personen wird in Ermangelung einer unzweideutigen gegenteiligen Bestimmung des Gesetzes auch die neben oder unterhalb aller oder einiger Unterschriften der mitwirkenden Personen stehende Unterschrift des Erblassers gedeckt. Der Umstand, daß der Namenszug eines Zeugen neben dem des Erblassers steht, beeinträchtigt daher, weil sämtliche Unterschriften sich unterhalb des Textes der Urkunde befinden, die Formgültigkeit des Testaments nicht. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 7, **4** Ziff. 1 d.)

§§ 2244, 2245. ElsLothNotZ. **06** 269 (Oberstaatsanwalt in Straßburg) enthält eine kurze Übersicht der Bestimmungen betreffend die Beurkundungsform, wenn Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein erklären.

§ 2246. *Drewes, KGBl. **06** 3, rät mit Rücksicht auf Art. 81 § 2 PrAGBGB. den Notaren, welche ein Testament von einem nicht in ihrem Amtsbezirke wohnenden Erblasser aufnehmen, diesen zur Ablieferung des Testaments an das für den Erblasser, und nicht für den Notar, zuständige Gericht zu veranlassen, damit der Weg des § 2261 vermieden werde.

§§ 2246, 2248. HessRspr. 7 117 (LG. Mainz). Einsichtnahme des Testaments durch den Testator. Der Testator hat das Recht, von seinem in amtlicher Verwahrung befindlichen Testament Einsicht zu nehmen. Die Vorlegung zur Einsichtnahme ist keine Rückgabe und daher keine Aufhebung des Testaments. Die Vorschrift des § 2246 ist lediglich Ordnungsvorschrift und steht der vorübergehenden Einsicht nicht entgegen. Es ist bei der Vorlegung zur Einsicht in folgender Weise zu verfahren: Der Amtsrichter hat a) unter Beiziehung des Gerichtsschreibers dem Testator oder dessen Bevollmächtigten das Testament vorzulegen, die Unverletztheit der Siegel festzustellen, den Verschluß in Gegenwart des Testators oder dessen Vertreters unter Schonung der Siegel zu öffnen, die darin enthaltene Schrift herauszunehmen und, ohne diese aus der Hand zu geben, durch Diktieren des Inhalts an den Gerichtsschreiber eine Abschrift derselben herzustellen, diese als mit der Urschrift übereinstimmend zu beglaubigen und die Abschrift dem Testator auszuhändigen gegen Empfangsbestätigung, über den ganzen Hergang ein Protokoll aufzunehmen, das von den Anwesenden zu unterzeichnen ist; b) sodann das aufgenommene Protokoll mit der Urschrift des Testaments und dem geöffneten Umschlag sowie einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses behufs Öffnung des Testamentsverschlusses in einen neuen Umschlag zu bringen, den neuen Umschlag mit Siegel und Aufschrift zu versehen und wieder in amtliche Verwahrung zu nehmen; c) die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit sowohl selbst zu beachten, als auch den zugezogenen Gerichtsschreiber in dieser Richtung entsprechend zu belehren. (Vgl. IDR. 3.)

§ 2249. KGJ. **32** A 94, RJA. **7** 181, ZBlFG. **7** 417, R. **06** 1402 (KG.) Es ist unschädlich, wenn der Gemeindevorsteher, der gleichzeitig Ortsgerichtsvorsteher ist, sich in dem Testamentsprotokolle die letztere Bezeichnung beilegt. (Vgl. IDR. **4** Ziff. 1.)

§ 2255. Mantey, R. **06** 555. Ein Widerruf in der Form des Abs. 1 muß sich, um wirksam zu sein, auf das ganze Testament erstrecken; betrifft er nur einzelne Verfügungen des Testaments, so ist er wirkungslos.

§ 2258. 1. Heinsheimer, DIZ. **06** 796. Nicht darum handelt es sich, zu ermitteln, was der Erblasser bei Errichtung des zweiten Testaments in bezug auf das erste gewollt oder ob er überhaupt nur an dasselbe gedacht hat, sondern es fragt sich immer nur, was der Erblasser mit dem zweiten Testament an und für sich gewollt hat. Dabei ist aber nicht bloß zu untersuchen, welches der positive Inhalt der neuen Verfügungen ist, sondern im Wege der Auslegung weiterhin festzustellen, ob dieselben nicht zugleich einen negativen Sinn haben, d. h. einen exklusiven Charakter gegenüber jeder andersartigen Regelung der gleichen erbrechtlichen Angelegenheit tragen sollen. — Die Auslegungsmöglichkeit hat eine Grenze in dem Wortlaute des Testaments. Wo aber das zweite Testament, ohne mit dem ersten in buchstäblichem (positivem) Widerspruche zu stehen, doch gleiche Gebiete regelt, wie solche im ersten geregelt waren — sei es, daß es überhaupt den ganzen Nachlaß abschließend ordnet, sei es, daß die in ihm verfügten Zuwendungen an die gleichen Personen gerichtet sind oder die gleichen Gegenstände betreffen, wie diejenigen des ersten Testaments —, da liegt die Frage nach der generellen oder speziellen Exklusivität des zweiten Testaments und damit nach dem Vorliegen eines (negativen) Widerspruchs zum ersten Testamente durchaus innerhalb der Auslegungsgrenzen.

2. R. **06** 1265 (Stuttgart). Die Vorschrift des Abs. 1 darf nicht dahin verstanden werden, daß dann, wenn jemand mehrere letztwillige Verfügungen hinterlassen hat, die nicht miteinander in Widerspruch stehen, die in beiden Urkunden enthaltenen Bestimmungen unter allen Umständen nebeneinander in Kraft bestehen; vielmehr ist allein der durch Auslegung zu ermittelnde Wille des Ver-

fügenden entscheidend; so muß, wenn jemand in zwei zeitlich nacheinander errichteten letztwilligen Verfügungen derselben Person ein Vermächtnis ausgesetzt hat, ermittelt werden, ob der Verfügende in beiden Verfügungen nur einmal ein und dasselbe Vermächtnis oder je ein besonderes für sich bestehendes, also zwei Vermächtnisse nebeneinander, zuwenden wollte. (Vgl. IDR. **4**.)

§ 2259. 1. OLG. **12** 389, SächsOLG. **27** 271, KGJ. **31** A 363, RJA. 7 33, DNotV. **06** 460, ZBlFG. **7** 85, R. **06** 647 (Dresden). Das nach dem Tode des Erblassers dem Nachlaßgericht abgelieferte eigenhändige Testament kann wegen der Vorschrift des § 2264 nicht zurückverlangt werden, es verbleibt vielmehr dauernd beim Nachlaßgericht. Übereinstimmend BadRpr. **06** 80, BadNotZ. **4** 82 (Karlsruhe). (Vgl. auch IDR. **2** Ziff. 2.)

2. OLG. **12** 199 (KG.). Der Verwahrer einer letztwilligen Verfügung muß diese auch dann an das Nachlaßgericht abliefern, wenn ihr Inhalt gegenstandslos geworden ist. Die Ablieferung wird nicht durch eine amtliche Mitteilung (z. B. eines Notars) über den Inhalt der Urkunde ersetzt.

3. Abs. 2. R. **06** 1320 (Colmar). Schuldner der Kosten eines Notars für Ablieferung eines Testaments, das er infolge einer irrtümlichen, auf Verwechselung des Lebenden mit einem gleichnamigen Verstorbenen beruhenden Aufforderung des Nachlaßgerichts an dieses abgeliefert hat, sind nicht die Erben des Verstorbenen.

4. ElsLothJZ. **06** 522 (Colmar). Aus der Ablieferungspflicht eines seit mehr als 54 Jahren in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments folgt nicht, daß die Tätigkeit des Notars eine unentgeltliche ist; nur ist nicht der Staat, sondern der Erbe der Kostenschuldner.

§ 2260. 1. *Kerckhoff, ElsLothNotZ. **06** 1, stellt auf, daß nur bei wirklich vorhandener Kenntnis des Nachlaßgerichts vom Tode des Erblassers die Eröffnung des Testaments zulässig sei und daß die Vorschrift des ElsLothAG. BGB. § 28 — wonach ein seit mehr als 54 Jahren in amtlicher Verwahrung befindliches Testament zu eröffnen ist, sofern nicht bekannt ist, daß der Erblasser noch lebt — gegen das Reichsgesetz verstoße. — DNotV. **06** 150 bemerkt dazu: „Hätte Kerckhoff Recht, so würden eine große Anzahl bundesstaatlicher Vorschriften, insbesondere auch die preußische (Art. 82 AGBGB.) denselben Fehler begangen haben. In der Tat ist schon 1900 in Weißlers Nachlaßverfahren 173 die Befugnis der Landesgesetzgebung zu einem solchen Schritte in Zweifel gezogen worden". — Kerckhoff stützt sich auf § 3 EGBGB. und darauf, daß im EG. kein Vorbehalt für die Landesgesetzgebung zum Erlaß abweichender Vorschriften über die Testamentseröffnung enthalten ist. Der Vorbehalt im § 200 FGG. treffe nur dieses Gesetz, nicht aber das BGB. und daher auch nicht die in dem letzteren enthaltenen Bestimmungen über die Eröffnung der Testamente. Überhaupt sei die Eröffnung von Testamenten ohne den Nachweis des Todes des Erblassers eine leere Förmlichkeit, weil es dabei regelmäßig an einem Nachlaßvermögen fehle. Sie trage eine ganz unnötige Beunruhigung unter die Personen, welche durch die Testamentseröffnung in den Wahn versetzt würden, daß sie eine Erbschaft gemacht hätten.

2. Josef, BuschZ. **35** 566. Die Entscheidung des Nachlaßgerichts, in der es die Eröffnung einer letztwilligen Verfügung, weil es sie für ungültig ansieht, ablehnt, ist für das Prozeßgericht nicht bindend. Dieses kann z. B., wenn der in dem Testament bedachte Vermächtnisnehmer den Erben auf Zahlung verklagt, den Erben verurteilen, falls es das Testament für gültig ansieht, obwohl es nicht eröffnet ist. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 2.)

3. KGJ. **31** B 15 (KG.). Die Pflicht des Gerichts, ein in seiner Verwahrung befindliches Testament zu eröffnen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß

es durch ein anderes widerrufen worden ist. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 1 u. 2, **4** Ziff. 1.)

4. DNotV. **06** 17, R. **06** 75, RheinARV. **23** 168, WürttZ. **06** 21 (Hamburg), vgl. IDR. **4** Ziff. 2.

5. SächsOLG. **27** 268. Auf Ersuchen des Nachlaßgerichts hat das Testamentsgericht die Verkündung des bei ihm verwahrten Testaments auch dann vorzunehmen, wenn niemand erschienen ist, weil die Rechtshilfe nicht abgelehnt werden kann.

§ 2261. 1. KGJ. **32** A 98 (KG.). Befindet sich ein Erbvertrag unter den in die Verwahrung des Amtsgerichts übergegangenen Akten eines verstorbenen Notars, so hat dieses Gericht den Erbvertrag nur dann zu verkünden, wenn es zugleich das Nachlaßgericht ist. Ist dies nicht der Fall und streiten die beiden beteiligten Gerichte darüber, welches von ihnen den eröffneten Erbvertrag dauernd aufzubewahren hat, so steht, wenn die Gerichte in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken liegen, die Entscheidung dem Justizminister zu.

2. KGJ. **32** A 105, OLG. **12** 384, SchlHolstAnz. **06** 226 (KG.). Weigert sich nach der Eröffnung eines von einem anderen Gericht als dem Nachlaßgerichte verwahrten Testaments das andere Gericht, mit dem Testament auch das Protokoll über die Testamentsübergabe dem Nachlaßgerichte zu übersenden, so steht dem Nachlaßgerichte hiergegen keine Beschwerde im Instanzenzuge zu. — Zu dem „Testament“ im Sinne des § 2261 gehört auch das Protokoll über die Entgegennahme eines schriftlich übergebenen Testaments.

§§ 2262, 2263. OLG. **12** 383, DNotV. **06** 17, BayObLG. **6** 509, SeuffBl. **06** 450, WürttZ. **06** 21 (BayObLG.), vgl. IDR. **4**.

§ 2262. OLG. **12** 387, SeuffA. **61** 326, HansGZ. **06** Beibl. 55, DNotV. **06** 458 (Hamburg). Als „Beteiligte“ sind die Personen anzusehen, die an den den Nachlaß betreffenden letztwilligen Verfügungen deshalb ein rechtliches Interesse haben, weil ihnen durch diese Verfügungen Rechte gewährt oder entzogen oder Verpflichtungen auferlegt werden. Ist jemand in einem gemeinschaftlichen Testament von dem verstorbenen Manne für den Fall, daß die überlebende Witwe nicht anderweitige Verfügung getroffen haben werde, auf deren Todesfall in einer verkündeten Verfügung bedacht worden, so ist er bis zum Tode der Witwe kein „Beteiligter“, auch wenn die Verfügung in vollem Umfange verkündet worden ist. (Vgl. auch IDR. **1** § 2260 Ziff. 8.)

§ 2264. 1. Drewes, KGBl. **06** 97. Privatschriftliche Testamente werden dadurch, daß sie dem Protokoll über ihre Eröffnung als Anlage beigefügt werden, nicht ein Teil dieses Protokolls. Da sie keine öffentlichen Urkunden sind, kann von ihnen nur beglaubigte Abschrift, nicht Ausfertigung erteilt werden.

2. OLG. **12** 233, DNotV. **06** 283 (KG.). Von einem privatschriftlichen, gerichtlich geöffneten Testament ist keine Ausfertigung zu erteilen.

3. R. **06** 1140, JustdBl. **06** 170 (BayObLG.). Die Berechtigung, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen, rechtfertigt noch nicht die Einsicht der Akten, wenn an deren Nichteinsicht andere ein überwiegendes gegenteiliges Interesse haben.

4. PosMschr. **06** 114 (LG. Stettin). Ungültige Nachzettel des überlebenden Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testament, die einmal eröffnet sind, dürfen dem Errichter nicht zurückgegeben werden.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

§ 2265. v. Blödau, ZBlFG. **7** 490, gibt ein Beispiel eines „diktatorischen Elterntestaments“, in dem die Kinder für den Fall, daß sie beim Tode des einen Elternteils den Pflichtteil fordern, auch für den Fall des Todes des anderen Elternteils auf ihr Pflichtteilsrecht beschränkt werden.

§ 2267. SeuffA. **61** 156, ThürBl. **53** Anh. 97 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

§ 2269. 1. Köhler, Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch, DJZ. **06** 1181. Zur Begründung des Anspruchs auf den Pflichtteil aus dem Vermögen des Erstverstorbenen ist § 2269 Abs. 1 nicht geeignet, sofern es dem Willen der Ehegatten widerstreitet, dem pflichtteilfordernden Dritten noch den Erbteil aus jenem Vermögen zuzugestehen. Hier muß der Dritte, um seine Forderung durchzusetzen, als Nacherbe gemäß § 2306 den Erbteil nach dem Erstverstorbenen ausschlagen, was zur Folge hat, daß er künftighin nur noch den Anteil an dem Vermögen des Überlebenden zu erhalten hat. Der Ausschlagung wird es regelmäßig bedürfen, wenn mehrere zu dem beiderseitigen Nachlasse berufen sind und nicht alle von ihnen den Pflichtteil verlangen. — Der mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte kann, wenn er den Pflichtteil beansprucht, den § 2269 Abs. 2 nicht für sich geltend machen. Er ist, ungeachtet dieser Vorschrift, allein von dem Erstverstorbenen bedacht und muß, um mit seinem Anspruche durchzudringen, gemäß § 2307 die Zuwendung ausschlagen, wodurch er des vermachten Gegenstandes überhaupt verlustig geht. Schlägt er nicht aus, so steht ihm ein Recht auf den Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächtnisses reicht; bei der Berechnung des Wertes bleibt die Tatsache außer Betracht, daß die Zuwendung erst später zu erfüllen ist. Die Befugnis, den Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses aufzufordern (§ 2307 Abs. 2), steht auch dem überlebenden Ehegatten zu, jedoch nur von dem Zeitpunkt ab, von dem der Berechtigte sein Recht geltend gemacht hat.

2. *Schreiber, Vermächtnis statt Nacherbschaft, DNotV. **06** 675. Im Hinblick auf die Erbschaftssteuer ist die Form des § 2269 vielfach nicht unbedenklich, weil sie zum Nachteile desjenigen Zweitbedachten wirkt, der nur mit dem erstverstorbenen Ehegatten verwandt ist (wie sie freilich andererseits demjenigen Zweitbedachten, der nur mit dem überlebenden Ehegatten verwandt ist, unter Umständen einen steuerrechtlichen Vorteil verschafft).

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 391, vgl. JDR. **4**.

§ 2270. Vgl. o. §§ 2169, 2170.

§ 2271. 1. Brütt, ABürgR. **29** 385. a) Die Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage stellt sich als ein teilweiser Widerruf dar, denn ein solcher liegt überall dort vor, wo die Lage des in dem gemeinschaftlichen Testamente Bedachten irgendwie verschlechtert wird. Ein Widerruf auch nur eines Teiles führt zur Ungültigkeit des ganzen gemeinschaftlichen Testaments, soweit es korrespektiv ist. b) Dem korrespektiven Testamente wohnt ein Vertragselement inne, so daß die analoge Heranziehung des § 157 BGB. keinem Bedenken unterliegen kann. — Bei der Auslegung eines derartigen Testaments ist als Wille der Ehegatten zu unterstellen, daß es ihnen darauf ankam, daß das nachgelassene Vermögen nach einem bestimmten Verhältnis den Abkömmlingen oder den beiderseitigen Verwandten zufallen soll. Dagegen liegt es ihnen in der Regel fern, einander die Möglichkeit rauben zu wollen, nach dem Tode des Längstlebenden noch letztwillige Wünsche, die sich später als gerechtfertigt herausstellen würden, zu erfüllen. Daher kann der überlebende Ehegatte durch Testament Vermächtnisse und Auflagen anordnen, sofern nur der Hauptzweck des Testaments, die bestimmte Verteilung unter die Abkömmlinge oder die beiderseitigen Verwandten gewahrt bleibt. — Zu Lebzeiten des anderen kann der einzelne Ehegatte Vermächtnisse und Auflagen nur anordnen, ohne das gemeinschaftliche Testament formgerecht zu widerrufen, wenn der andere Ehegatte zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. — Der teilweise Widerruf bedarf in diesem Falle nicht der für den

Rücktritt vom Erbvertrag vorgeschriebenen Form, sondern kann durch einseitiges Testament erfolgen.

2. OLG. **12** 386, DNotV. **06** 458 (KG.). Es ist zulässig, daß die Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament die Bindung des überlebenden Teiles auch für korrespektive Bestimmungen ausschließen (Dernburg 261 Note 8, Planck zu § 2271 IV 3a, Strohal 344). Eine Bestimmung, wonach sich die Eheleute jeder für sich vorbehalten, zum Testament Nachzettel zu errichten, welche gleiche Gültigkeit wie das Testament haben sollen, muß als Ausschluß der beiderseitigen Bindung aufgefaßt werden. (Vgl. IDR. **3** Ziff. b.)

3. R. **06** 1200 (BayObLG.). Liegt ein gemeinschaftliches gegenseitiges Testament der Ehegatten im Sinne der §§ 2269, 2270 vor, so erlischt das Widerrufsrecht mit dem Tode des zuerst versterbenden Teiles. Die mit der Annahme der Erbschaft eintretende Bindung des überlebenden Teiles an die gemeinsame Verfügung hat zur Folge, daß dieser nicht Schenkungen in der Absicht vornehmen darf, dadurch eine andere Verteilung des in seiner Person vereinigten Gesamtvermögens herbeizuführen.

4. **RG.** IW. **06** 343, DNotV. **06** 456. Die Unwiderruflichkeit des korrespektiven Testaments fällt bei einem nachträglich eingetretenen Enterbungsgrunde auch nach erfolgtem Erbschaftsantritte des Überlebenden fort.

§ 2273. 1. Lotz, R. **06** 1188. Ein gemeinschaftliches, nicht in besondere amtliche Verwahrung gebrachtes Testament, das nach dem Tode des erstverstorbenen Teiles eröffnet worden ist, ist zu den Akten zu nehmen. — Es empfiehlt sich, dem überlebenden Ehegatten durch Aushändigung einer Bescheinigung über den Verbleib des Testaments Kenntnis zu geben; damit wird in gleicher Weise wie durch den Hinterlegungsschein für die in besondere amtliche Verwahrung genommenen Testamente, eine Gewähr dafür geboten, daß das Testament auch nach dem Tode des Letztversterbenden zur Eröffnung gelangt. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 6.)

2. KGJ. **32** A 100 (KG.). Befindet sich ein gemeinschaftliches Testament in der amtlichen Verwahrung eines anderen Gerichts als des Nachlaßgerichts, so hat nach dem Tode eines Ehegatten das andere Gericht allein darüber zu befinden, inwieweit die Verfügungen des Überlebenden von der Verkündung auszuschließen sind. Hat eine Teileröffnung stattgefunden, so ist bei Anfertigung der beglaubigten Abschrift der Verfügungen des verstorbenen Ehegatten im Beglaubigungsvermerke zu bezeugen, daß das Testament weitere Verfügungen des Verstorbenen nicht enthält. Beglaubigt der Gerichtsschreiber die Abschrift, so hat der Richter deren Umfang und den Inhalt des Beglaubigungsvermerkes anzuordnen und der Gerichtsschreiber diese Anordnung im Beglaubigungsvermerke zu erwähnen (PrFGG. Artt. 47, 57, 59; vgl. IDR. **1** Ziff. 8).

3. OLG. **13** 278 (KG.). Ist ein gemeinschaftliches Testament, weil die Verfügungen des überlebenden Ehegatten sich nicht sondern ließen, ganz eröffnet worden, so ist die Gebühr für die Eröffnung nach dem zusammenzurechnenden Werte des Vermögens, über das die beiden Erblasser verfügt haben, auch dann anzusetzen, wenn sich die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, weil die Erblasser sich gegenseitig bedacht haben, als wirkungslos erweisen. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 9.)

4. MecklZ. **25** 67 (LG. Schwerin). Ein von den Ehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament, bei dessen Verkündung eine Sonderung der beiderseitigen Verfügungen nicht möglich war, ist nach Verkündung nicht in besondere amtliche Verwahrung zu bringen, aber auch nicht auszuhändigen, sondern zu den Akten zu nehmen. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 4.)

5. BayRpflZ. **06** 407 (LG. München). Der übergangene gesetzliche, nicht pflichtteilsberechtigte Erbe kann Einsicht der Urschrift des Testaments nur so

lange verlangen, als eine Wiederverschließung (des gemeinschaftlichen Testaments) noch nicht stattgefunden hat. Im übrigen hat er ein Recht auf Kenntnis vom Testamentsinhalte nur insoweit, als dies als eröffnet zu gelten hat. Er kann insbesondere nicht nochmalige Eröffnung verlangen.

6. Vgl. o. § 2262.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2276. KGJ. **31** A 112, RJA. **6** 169, ZBlFG. **6** 695, DNotV. **06** 452, R. **06** 265 (KG.). Haben Ehegatten mit einem Dritten einen Erbvertrag in der Weise errichtet, daß der Mann die getroffenen Vereinbarungen unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben hat und daß zunächst die Frau und sodann der Dritte je mittels eigenhändig unter Angabe des Ortes und Tages geschriebenen und unterschriebenen Zusatzvermerkes ihre Zustimmung zu dem Erbvertrag erklärt haben, so können die von den Ehegatten erlassenen vertraglichen Verfügungen im Wege der Konversion als gemeinschaftliches Testament aufrecht erhalten werden.

§ 2277. ThürBl. **53** Anh. 104 (KG.), vgl. JDR. 4.

§ 2278. Rohmer, ElsLothNotZ. **06** 202. Die Vereinigung eines Ehevertrags, Erbvertrags und Erbverzichtsvertrags zwischen Verlobten und Eheleuten in einer Urkunde ist möglich.

§ 2279. Abs. 2. BayObLG. **6** 711, R. **06** 54. Ein Ehe- und Erbvertrag wird nicht schon dadurch unwirksam, daß die Ehegatten getrennt leben. Der zuerst versterbende Ehegatte kann das vertragsmäßige Recht des Bedachten nicht durch einseitige Verfügungen beeinträchtigen.

§ 2280. DNotV. **06** 481 (KG.), vgl. JDR. 4.

§ 2286. R. **06** 1320 (BayObLG.). Wie nach gemeinem Rechte wird auch nach BGB. durch einen Erbvertrag das Recht des Erblassers, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt. Nur eine in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, gemachte Schenkung unterliegt der Anfechtung. (Vgl. JDR. **1**.)

§ 2295. Meyer, R. **06** 235. Die Bestimmung, wonach der Erblasser von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten kann, wenn sie mit Rücksicht auf die vertragsmäßig festgelegte Unterhaltspflicht getroffen ist und diese vor dem Tode aufgehoben wird, gilt, einerlei ob dieser Vertrag, welcher die Unterhaltspflicht begründet, in derselben Urkunde mit dem Erbvertrage verlautbart ist oder ob eine besondere Urkunde darüber errichtet ist.

§ 2300. 1. OLG. **12** 388, KGJ. **31** A 365, RJA. **6** 178, DJZ. **06** 267, ZBlFG. **6** 632, DNotV. **06** 459, R. **06** 269, BayRpflZ. **06** 18, SeuffBl. **06** 296 (BayObLG.). Die Vorschrift, daß bei der Eröffnung eines zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrags die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden, noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind, gilt namentlich auch von den Bestimmungen des Erbvertrags, durch die der überlebende Ehegatte mit Rücksicht darauf, daß er als Erbe des zuerst versterbenden Teiles das beiderseitige Vermögen in seiner Hand vereinigt, über seinen dereinstigen Nachlaß durch Vertrag mit dem anderen verfügt hat.

2. Vgl. o. § 2261.

§ 2301. 1. RG. GruchotsBeitr. **50** 651, R. **06** 55, PosMschr. **06** 4. In der Übergabe eines Sparkassenbuchs und der gleichzeitigen mündlichen Erklärung des Schenkungswillens kann ohne Rechtsirrtum in Ansehung des Sparkassenguthabens eine durch Abtretung gültig vollzogene Schenkung auf den Todesfall, bzw. unter Lebenden erblickt werden.

2. SächsOLG. **27** 440 (Dresden). Eine Zuwendung, die erst nach dem Tode des Schenkgebers dem Bedachten zugehen soll, kann unter Umständen als Schenkung unter Lebenden behandelt und durch auftragsgemäße Ausführung gültig werden.

§ 2302. BayObLG. **6** 711, R. **06** 55, BayRpflZ. **06** 105. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Befugnis, Verfügungen von Todes wegen zu treffen, ist unzulässig. Dagegen kann sich der Erblasser an die gesetzliche Erbfolge in dem Sinne binden, daß er die nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung zur Erbschaft Berufenen als Erben einsetzt. Eine solche Bindung liegt vor, wenn in dem Ehe- und Erbvertrage die Vertragschließenden mit dem Willen, die Erbfolge auch für den Fall des Vorhandenseins von Kindern vertragsmäßig zu regeln, vereinbart haben, es solle bei der gesetzlichen Erbfolge der Kinder bleiben.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Aus der Literatur sind nur einzelne Aufsätze zu verzeichnen, die wichtigere Fragen der Praxis aufzuklären suchen. Zitelmann erörtert die Stellung des mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten, v. Jacubetzky das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil, letzteren auch Langheineken. Wichtigere Entscheidungen sind die des RG. über die Berechnung des Pflichtteils (§ 2311) und über die Auskunftspflicht der Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten (§ 2314).

Literatur: v. Jacubetzky, Zwei Fragen aus dem Pflichtteilsrecht, R. **06** 281, Zu den §§ 2315, 2316, SeuffBl. **06** 397. — Langheineken, Zur Auslegung des § 2316 Abs. 4, SeuffBl. **06** 269. — Müller, Kann bei Hinterlassung des Pflichtteils rechtsgültig die Verfügung getroffen werden, daß an demselben die gesetzliche Nutznießung und Verwaltung des Ehegatten oder der Eltern ausgeschlossen sein soll? WürttZ. **06** 1.

§ 2303. 1. ElsLothJZ. **06** 193, ElsLothNotZ. **06** 107 (Colmar). Zur Ermittelung des Willens der Erblasserin nach der Richtung, ob sie ihren Ehemann durch Zuwendung der lebenslänglichen Nutznießung ihres Nachlasses von der Erbfolge hat ausschließen wollen, kann als Auslegungsmittel das Verhalten derjenigen Angehörigen verwertet werden, die in die Absichten der Erblasserin eingeweiht waren. Gegen die Annahme, die Erblasserin habe ihren Ehemann ausschließen wollen, spricht es, wenn ihre nächsten gesetzlichen Erben, obwohl daran interessiert, seine Miterbfolge aus dem Wege zu räumen, gemeinschaftlich mit ihm den Antrag stellen, ihm und ihnen als Erben einen Erbschein auszustellen.

2. DNotV. **06** 14 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

Zu §§ 2306, 2307. Kößler, Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch, DJZ. **06** 1181, vgl. o. zu § 2269.

§ 2306. 1. *Müller, WürttZ. **06** 1 ff. Der Ausschluß der gesetzlichen Nutznießung und Verwaltung des Ehegatten oder der Eltern eines Pflichtteilsberechtigten am Pflichtteil ist keine Beschränkung oder Beschwerung des Pflichtteils, welche bei Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Erben gemäß § 2306 und bei Ausschluß des Pflichtteilsberechtigten von der Erbschaft gemäß § 2303 zu streichen wäre.

2. DNotV. **06** 13 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

§ 2307. 1. Abs. 1. *Zitelmann, ABürgR. **29** 159 ff. In der Forderung des ganzen Pflichtteils liegt eine stillschweigende Ausschlagung des Vermächtnisses dann nicht, wenn der Bedachte die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung zwar kennt, aber sie, wennschon aus Rechtsirrtum, nicht als Vermächtnisverfügung ansieht. — Vor der Ausschlagung des Vermächtnisses ist der Pflichtteilsanspruch, soweit das Vermächtnis reicht, überhaupt noch nicht entstanden, nicht steht ihm bloß eine Einrede entgegen. — Der Anspruch auf den durch das

Vermächtnis nicht gedeckten Pflichtteilsrest hingegen ist auch vor der Ausschlagung des Vermächtnisses sofort fällig.

2. OLG. **12** 390, DJZ. **06** 211, 436, ElsLothJZ. **06** 280 (Colmar), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

§ 2309. v. Jacubetzky, R. **06** 281. Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers wird durch § 2309 nicht erweitert, sondern beschränkt. Entfernteren Abkömmlingen und den Eltern des Erblassers steht beim Vorhandensein eines Abkömmlinges, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, das Pflichtteilsrecht nur zu, wenn ein Umstand vorliegt, vermöge dessen dieser Abkömmling im Falle der gesetzlichen Erbfolge als nicht vorhanden gilt, wie wenn er vor dem Eintritte des Erbfalls gestorben wäre. Die in Betracht kommenden Umstände sind Ausschließung von der Erbfolge, Verzicht auf das Erbrecht, Erbunwürdigkeitserklärung, Ausschlagung der Erbschaft. Unter Ausschließung von der Erbfolge ist nur die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge nach § 1938 zu verstehen, da der von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossene ebensowenig berufen ist, wie ein Verstorbener, während der durch Einsetzung eines anderen Erben Ausgeschlossene im Falle der gesetzlichen Erbfolge selbst berufen ist. Die hinter ihm Stehenden sind durch ihn ausgeschlossen, sie würden auch ohne die Verfügung von Todes wegen nicht berufen sein und haben deshalb nach § 2303 kein Pflichtteilsrecht. Ebensowenig macht ein nach § 2346 Abs. 2 auf das Pflichtteilsrecht beschränkter Erbverzicht die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern zu Pflichteilsberechtigten; sie sind nicht durch die Verfügung von Todes wegen, sondern durch den Verzichtenden ausgeschlossen, dessen gesetzliches Erbrecht unberührt geblieben ist. Ein Erbverzicht mit Vorbehalt des Pflichtteilsrechts gilt für das Pflichtbteilsrecht überhaupt nicht als Erbverzicht. Bei der Erbunwürdigkeit handelt es sich nur um die Anfechtung des Erbschaftserwerbes, die nach § 2344 bewirkt, daß der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt gilt. — Die Anfechtung nach § 2345 ist ohne Belang. Die entfernteren Abkömmlinge und die Eltern werden nicht dadurch pflichtteilsberechtigt, daß der ihnen vorgehende Abkömmling sich einer Handlung schuldig macht, durch die er erbunwürdig wird, sondern sind es nur dann, wenn sie es sind, die die Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausschließt. In den Fällen des § 2345, die auf die Erbfolge keinen Einfluß haben, sind sie es nicht. Die im § 2309 bestimmte Minderung, die nur bei Ausschließung oder Ausschlagung stattfindet, beschränkt sich bei teilweiser Ausschließung oder Ausschlagung auf den Teil des dem vorgehenden Abkömmlinge Zukommenden, der auf den den Gegenstand der Ausschließung oder Ausschlagung bildenden Erbteil trifft. — Die Entziehung des Pflichtteils, der an sich dem vorgehenden Abkömmlinge gebühren würde, bewirkt nicht den Eintritt der entfernteren Abkömmlinge oder der Eltern in den Kreis der Pflichtteilsberechtigten, sondern kommt nur für den § 2309 in Betracht. Sind die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern nicht die durch die Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge Ausgeschlossenen, so haben sie nach § 2303 kein Pflichtteilsrecht, gleichviel ob dem ihnen vorgehenden Abkömmlinge der Pflichtteil gebührt oder wirksam entzogen ist. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 bis 3, **2** Ziff. 1 und 2, **3** Ziff. 1 und 2.)

§ 2310. OLG. **12** 392 (KG.). Hat ein märkischer Ehegatte in einem Erbvertrage auf das ihm zustehende statutarische Erbrecht verzichtet und sich damit einverstanden erklärt, daß er statt eines Erbteils nur eine ihm von dem anderen Ehegatten zugewendete Rente erhält, so ist er durch diesen Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen. Darauf, ob der Verzichtende ein Äquivalent für den Erbverzicht schon erhalten hat oder später erhalten soll, und wie hoch dieses Äquivalent sich belief, kommt es bei Anwendung des § 2310 nicht an.

§ 2311. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1014, JW. **06** 114, DNotV. **06** 494, SeuffBl. **06** 384. § 2311 schreibt zwar vor, daß bei Berechnung des Pflichtteils der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde zu legen ist. Allein es würde auf eine ungerechtfertigte, vom Gesetzgeber nicht gewollte Begünstigung des Pflichtteilsberechtigten hinauslaufen, wenn dabei nur solche Nachlaßverbindlichkeiten in Betracht kommen dürften, die im Augenblicke des Todes des Erblassers (§ 1922) schon feststanden. Es muß vielmehr genügen, wenn zu diesem Zeitpunkte nur der Rechtsgrund vorhanden war, auf dem die betreffenden Verbindlichkeiten beruhen. Schon die Tatsache des Todes und die Eröffnung der Erbfolge bringt die Notwendigkeit oder doch die Möglichkeit gewisser Kostenaufwendungen zu Lasten des Nachlasses mit sich. Es besteht auch in der Literatur Übereinstimmung, daß derartige Aufwendungen, wie z. B. die Beerdigungskosten (§ 1968), die Kosten der Sicherung des Nachlasses (§ 1960), der Inventarerrichtung (§§ 1993, 2314 Abs. 2) auch bei Berechnung des Pflichtteils gemäß § 2311 in Abzug zu kommen haben. Dasselbe muß von den Kosten der Nachlaßverwaltung gelten, die gemäß § 1981 immer beantragt und nach § 1982 nur wegen Mangels an Masse abgelehnt werden darf. Es kommt hinzu, daß gerade die Nachlaßverwaltung auch den besonderen Interessen des Pflichtteilsberechtigten zu dienen bestimmt ist (§ 1985) und daß im Falle des Nachlaßkonkurses die Kosten der Nachlaßpflegschaft, somit auch der Nachlaßverwaltung ausdrücklich als Masseschulden anerkannt sind (§ 224 Nr. 4 KO.). Das RG. vermag deshalb die in der Literatur nur vereinzelt aufgetauchten Bedenken gegen die Abzugsfähigkeit der Nachlaßverwaltungskosten nicht zu teilen. (Vgl. auch IDR. **1** Ziff. 1.)

2. OLG. **12** 393, HansGZ. **06** Beibl. 117 (Hamburg). Für die Pflichtteilsberechnung ist von dem Werte der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Aktiva der Wert derjenigen Verbindlichkeiten abzuziehen, die auch bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge in Betracht gekommen wären, also nicht auf einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen beruhen (Staudinger II zu §§ 2211—2213). Abziehbar sind hiernach die vom Erblasser selbst herrührenden Schulden (§ 1967), die Kosten seiner standesgemäßen Beerdigung (§ 1968) und die Kosten der Feststellung und der Sicherung des Nachlaßbestandes einschließlich der Kosten der im Interesse des Nachlasses geführten Prozesse (Staudinger aaO., Planck IIb zu § 2311, Dernburg V § 115 IV, Strohal I § 52 I 3). Die Darlegungs- und Beweispflicht trifft nach allgemeinen Grundsätzen den die Berechtigung der betreffenden Abzüge geltend machenden Erben. Eine Beibehaltung des der Größe der Wirtschaft entsprechenden Hauspersonals bis zur Aufhebung derselben beim Verkauf des Hauses kann nicht als zur Sicherung und Erhaltung des Nachlasses dienend angesehen werden. Bei einer für gemeinschaftliche Rechnung der Erben und der Pflichtteilsberechtigten stattfindenden Verwaltung des Nachlasses oder eines Bestandteils desselben würden Faktoren in Betracht kommen, deren Ansatz damit im Widerspruch stände, daß der Berechnung des Pflichtteils der Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt und daß, soweit Bestand und Wert nicht sofort summenmäßig feststehen, sie durch Schätzung ermittelt werden sollen.

3. Vgl. § 2314.

§ 2314. 1. **RG. 62** 109, JW. **06** 66, RheinNotZ. **06** 42. a) Die dem Erben nach § 2314 obliegende Auskunftspflicht erstreckt sich auf den ganzen Nachlaß. Zu dem Nachlaß gehören auch die Gegenstände, die dem überlebenden Ehegatten nach § 1932 als Voraus gebühren. Allerdings hat unter den im § 2311 bestimmten Voraussetzungen bei Berechuung des Pflichtteils der Eltern des Erblassers der Voraus außer Ansatz zu bleiben, so daß die Aufnahme dieser Gegen-

stände in das Verzeichnis nicht erforderlich scheinen möchte. Allein im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, ob ein Gegenstand zum Voraus gehört. Solange unter den Beteiligten nicht feststeht, daß ein Gegenstand zum Voraus gehört und bei der Berechnung des Pflichtteils außer Ansatz zu lassen ist, bleibt der Erbe verpflichtet, ihn in das Nachlaßverzeichnis einzustellen. Nur dann, wenn das Verzeichnis alle Nachlaßgegenstände umfaßt, über deren Zugehörigkeit zum Voraus die Beteiligten nicht einig sind, ist eine sichere Grundlage zur Berechnung des Pflichtteils gegeben. (Vgl. auch IDR. **1**.) b) Die amtliche Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses kann auch dann noch möglich sein, wenn der Nachlaß vor Jahren vorhanden war, jetzt aber zum größten Teile zerstreut ist, da die vorhandenen Belege über die verkauften Gegenstände immer noch die Grundlage für die Aufstellung des Verzeichnisses und die Berechnung der Werte abgeben können.

2. HansGZ. **06** Beibl. 287 (Hamburg). Bei der Aufnahme des Verzeichnisses zum Zwecke der Auskunft über den Bestand des Nachlasses seitens des Erben an den Pflichtteilsberechtigten und der Ermittelung des Wertes der Nachlaßgegenstände ist der Pflichtteilsberechtigte zuzuziehen. In ein Nachlaßverzeichnis gehören nicht die nicht mehr im Besitze des Erben befindlichen Sachen, wohl aber die Nachlaßverbindlichkeiten; doch ist zu ihrer Verzeichnung der Pflichtteilsberechtigte, da auf sie § 260 nicht zutrifft, nicht zuzuziehen. Der Offenbarungseid kann jedenfalls erst nach Vorlegung des Verzeichnisses gefordert werden.

3. PucheltsZ. **06** 89 (Colmar). Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Inventarerrichtung ist nach § 271 BGB. an keine Frist gebunden. Die Erben haben das Inventar auf Verlangen zu errichten, sobald sie dazu in der Lage sind.

4. OLG. **12** 370, SeuffA. **61** 106 (Kiel), vgl. IDR. **4** Ziff. 3.

5. Vgl. o. zu § 2218.

Zu §§ 2315, 2316. v. Jacubetzky, SeuffBl. **06** 397 f. Bei einer Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art kann der Zuwendende nicht hindern, daß der Vorempfang den Pflichtteil des Empfängers ebenso erhöht wie den der anderen Abkömmlinge. Der Empfänger muß mit Einrechnung der auf den Pflichtteil treffenden Hälfte der Zuwendung ebensoviel haben, wie ein anderer Abkömmlung, dessen gesetzlicher Erbteil der gleiche ist, als Pflichtteil erhält. — Eine Zuwendung anderer Art kann der Zuwendende nicht nur bei den Pflichtteilen aller Abkömmlinge von der Berücksichtigung ausschließen, sondern es ist ihm auch nicht verwehrt, eine solche Bestimmung nur für die Pflichtteile einzelner Abkömmlinge, insbesondere für den des Empfängers zu treffen. Auf den Pflichtteil des von dieser Bestimmung betroffenen Abkömmlings ist der § 2316 überhaupt nicht anwendbar, der vollen Wirksamkeit der die Anrechnung nach § 2315 anordnenden Bestimmung steht kein Hindernis entgegen. Da diese Bestimmung den Zweck hat, durch Minderung der Pflichtteilslast die Verfügungsfreiheit des Zuwendenden zu erweitern, so wird in der mit einer ausgleichspflichtigen, aber nicht unter § 2050 Abs. 1 fallenden Zuwendung verbundenen Anordnung der Anrechnung die Bestimmung zu finden sein, daß die Zuwendung bei dem Pflichtteile des Empfängers von der Berücksichtigung nach § 2316 Abs. 1 ausgeschlossen sein soll. (Vgl. IDR. **1** § 2315 Ziff. 1 u. 2.)

§ 2315. 1. v. Jacubetzky, R. **06** 283 ff. Sind mehreren Pflichtteilsberechtigten Zuwendungen anzurechnen, so werden bei der Berechnung des Pflichtteils eines jeden nur die ihm gemachten Zuwendungen berücksichtigt. An den Zuwendungen, die den anderen angerechnet werden, hat er keinen Teil; die den anderen gemachten Zuwendungen kommen für ihn nur in Betracht, wenn es sich um eine Ergänzung des Pflichtteils nach § 2325 handelt. (Vgl. IDR. **1** Ziff. 2, **4** Ziff. 1.)

2. SächsRpflA. **06** 341 (Dresden). a) Eine Anrechnung auf den Pflichtteil kann nur erfolgen, wenn die Zuwendung die Gewährung von Vorteilen aus Freigiebigkeit enthält, nicht wenn sie in der Erfüllung einer Pflicht, z. B. zur Aussteuerung bestanden hat. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1.) b) Hat der Erblasser nach der Schenkung einer Geldsumme mit der pflichtteilsberechtigten Tochter vereinbart, daß die geschenkte Summe als Mitgift zu gelten habe, so begründet dieser Vertrag die Ausgleichungspflicht.

3. BraunschwZ. **06** 6 (Braunschweig). Auch in dem Falle, wo es sich nicht um die unmittelbare Erbfolge in ein Bauerngut, sondern um eine Teilung des Nachlasses des Hofabgebers handelt, hat die Berechnung des Pflichtteils insoweit, als dabei der Wert eines dem Anerbenrechte unterworfenen und in den Nachlaß einzuwerfenden Hofes in Frage steht, nicht nach den Grundsätzen des allgemeinen, sondern nach denen des partikulären Anerbenrechts zu erfolgen.

§ 2316. 1. v. Jacubetzky, R. **06** 283 ff. Ist einem Abkömmlinge, dessen Pflichtteil sich nach Abs. 1 bestimmt, eine nicht der Ausgleichung unterliegende Zuwendung anzurechnen, so wird der Betrag, um den sich die Pflichtteilslast nach § 2315 (ohne Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht) mindert, von dem nach § 2316 (unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht) berechneten Pflichtteil abgerechnet. — Eine nach § 2316 zu berücksichtigende Zuwendung kann der Erblasser zur Minderung der Pflichtteilslast nach § 2315 nicht in dem vollen Betrage, sondern nur soweit verwenden, als sie nicht schon bei der Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht angerechnet wird; dem Pflichtteilsberechtigten muß der Betrag belassen werden, auf den sich sein Pflichtteil berechnen würde, wenn die der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen Bestandteil des bei der Ausgleichung in Betracht kommenden Nachlasses (Nachlaßteiles) wären; von dem nach § 2316 berechneten Pflichtteile kann nur abgerechnet werden, was der Abkömmling infolge der Zuwendung noch über diesen Betrag hat. — Die Vorschrift des Abs. 4 macht keinen Unterschied, ob als gesetzliche Erben nur die Abkömmlinge in Betracht kommen oder ob sie mit dem Ehegatten des Erblassers zusammentreffen, weil in beiden Fällen nur die Hälfte des Wertes der Zuwendung für die Anrechnung nach § 2315 verfügbar ist. (Vgl. JDR. **1**, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 2 und 3.)

2. Abs. 4. Langheineken, SeuffBl. **06** 269. Es muß ausgeschlossen sein, daß ein Pflichtteilsberechtigter, der eine anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung von bestimmter Höhe erhalten hat, einen größeren Pflichtteilsanspruch habe, als er gehabt hätte, wenn er ceteris paribus eine lediglich anrechnungspflichtige Zuwendung von gleicher Höhe erhalten hätte. Durch den Umstand, daß ein anrechnungspflichtiger Vorempfang auch zugleich ausgleichungspflichtig ist, wird die Größe des Pflichtteils des Empfängers nicht berührt; bei der Pflichtteilsbestimmung für andere Abkömmlinge beeinflußt die letztere Eigenschaft die Größe der Pflichtteile dieser Ausgleichungsberechtigten. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 5 u. 6.)

§ 2325. 1. SächsRpflA. **06** 155 (Dresden). Der § 2325 zielt nicht darauf ab, den rechtlichen Bestand einer Schenkung nach irgendwelcher Richtung in Zweifel zu ziehen, er läßt diesen vielmehr unangetastet und schreibt nur vor, daß die auf einer unentgeltlichen Verfügung beruhende Verkürzung des Pflichtteilsberechtigten in angemessener Weise ausgeglichen werden soll.

2. SächsOLG. **27** 306 (Dresden). Die zehnjährige Frist des Abs. 3 findet auch auf Schenkungen Anwendung, die vor 1900 gemacht worden sind, falls der Erblasser nach dem 1. 1. 00 verstorben ist.

§ 2327. v. Jacubetzky, R. **06** 286. Bei der Ergänzung des Pflichtteils ist ein der Ausgleichung unterliegendes und nach Satz 1 anzurechnendes

Geschenk, soweit es bei der Ausgleichung berücksichtigt wird, nur mit dem halben Betrage anzurechnen. — Für den Fall des Satz 2 ist die Anwendbarkeit des § 2316 Abs. 4 selbstverständlich.

§ 2329. RG. R. **06** 506. a) Die Klage wegen pflichtteilswidriger Schenkung braucht nicht gleichzeitig gegen alle Beschenkte erhoben zu werden. Abs. 3 gibt vielmehr an die Hand, daß der Pflichtteilsberechtigte sogar genötigt sein kann, die einzelnen Beschenkten erst nacheinander in Anspruch zu nehmen. b) Als Schenkung im Sinne des § 2329 ist auch die sog. gemischte Schenkung zu dem Wertbetrage, dem ein Entgelt nicht gegenübersteht, zu behandeln. c) Der Beschenkte ist — im Gegensatz zu dem Erben — nur zur Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des (an dem Pflichtteile) fehlenden Betrages, aber nicht zur Zahlung dieses Betrages verpflichtet; er ist nur berechtigt, die Herausgabe durch Zahlung des Betrages abzuwenden.

§ 2330. SächsRpflA. **06** 343 (Dresden). Eine sittliche Pflicht zu einer schenkungsweisen Erhöhung des dem Schwiegersohn für Unterhalt und Auslagen geschuldeten Betrages einschließlich der Krankheitspflege rechtfertigt nicht eine den ganzen Rest des Kapitalvermögens umfassende Schenkung.

§ 2332. 1. *Zitelmann, ABürgR. **29** 162. a) Abs. 1. Durch Erhebung der Klage auf den durch Erbteil oder Vermächtnis gedeckten Pflichtteilsanspruch vor Ausschlagung des Erbteils oder Vermächtnisses wird die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs, wenn nachher der Erbteil oder das Vermächtnis ausgeschlagen wird, nicht unterbrochen. b) Abs. 3. Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs beginnt in den Fällen der §§ 2306 Abs. 1 Satz 2 u. 2307 bereits vor seiner Entstehung, entsprechend wie bei den in §§ 199 u. 200 genannten Ansprüchen.

2. OLG. **12** 394, DNotV. **06** 495, R. **06** 55 (Breslau). Weil die Verjährung von der Kenntnis der den Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigenden Verfügung an läuft, ist für sie Voraussetzung, daß eine Beeinträchtigung des Pflichtteils durch die Verfügung des Erblassers erfolgt ist. Diese Voraussetzung fehlt, wenn der Erblasser ohne Beschränkung und Bedingung den Pflichtteilsberechtigten auf seinen Pflichtteil eingesetzt hat. Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Leistung des Offenbarungseides und Auszahlung des Pflichtteilsbetrages unterliegt daher in diesem Falle nicht der dreijährigen Verjährung.

§ 2333. 1. Ziff. 3. *Neumeyer, ZStW. **27** 35 f. Bei Delikten im Ausland muß die Handlung nach deutschen Gesetzen und nach den Gesetzen des Tatorts strafbar sein, aber nur nach den deutschen Gesetzen ein „Verbrechen oder schweres Vergehen" darstellen.

2. Ziff. 5. ThürBl. **53** 103 (Jena). Wer wegen Mordes zum Tode verurteilt, zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe begnadigt ist und zur Zeit der Entziehung des Pflichtteils und des Erbfalls im Zuchthause seit Jahren die Strafe verbüßt, führt einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel.

§ 2337. ThürBl. **53** 105 (Jena). Die Verzeihung ist ein sittlicher Akt. Aus den Handlungen, die als Verzeihung gelten sollen, muß erhellen, daß das durch ein gewisses Verhalten des Enterbten gestörte Verhältnis zum Erblasser in vollem Umfange wiederhergestellt ist. Aus unverbindlichen Dritten gegenüber gebrauchten Worten, die mit den tatsächlichen Beziehungen der an der Verzeihung Beteiligten nicht im Einklang stehen und von denen sich nicht ermessen läßt, ob sie ernstlich gemeint und zur Kenntnis des Enterbten bestimmt waren, kann eine wirkliche Verzeihung nicht festgestellt werden.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. *Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrecht. Anstifter und Gehilfe sind in analoger Anwendung von BGB. § 830 Abs. 2

ebenfalls erbunwürdig (12). Sind § 2339 Abs. 1 Nr. 3 und § 2078 Abs. 2 nebeneinander anwendbar, so muß eine errichtete Verfügung vorhanden sein. Solchenfalls finden im § 2339 Abs. 1 Nr. 3 die Worte „oder aufzuheben" (darunter kann zwecks Vermeidung einer Wiederholung mit „zu errichten" nur §§ 2255/56 verstanden sein) und in § 2339 Abs. 2 der Halbsatz „oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde" keine Anwendung (11, 28/29). Sind bei Zusammentreffen von § 2078 Abs. 2 mit § 2339 Abs. 1 Nr. 3 bereits alle Verfügungen nach § 2078 Abs. 2 angefochten, so ist die Klage aus § 2342 wegen § 2339 Abs. 2 durch sachliche Entscheidung als unbegründet abzuweisen; ebenso, wenn nur eine Verfügung angefochten ist und die anderen von dieser nach § 2085 abhängig sind. Näheres 53 ff.

§ 2342. 1. *Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrecht. Anfechtungsklage bedeutet nach BGB. § 115, ZPO. § 664 „Anfechtung im Wege der Klage". „Im Wege der Klage" heißt: der Private kann nichts durchsetzen; er kann nur einen Prozeß anhängig machen. Folglich ist dieser die Form der Anfechtung. In der Klagerhebung wird kein materielles Recht ausgeübt, sondern nur die Rechtshängigkeit begründet. Die Rechtsänderung wird durch Konstitutivurteil vollzogen. Anders die herrschende Meinung, Kohler, Kisch, auch Hellwig. Näheres 33 ff.

2. KGJ. **32** A 299, RJA. **7** 185, ZBlFG. **7** 420, R. **06** 1403 (Dresden). Die Feststellung der Erbunwürdigkeit in anderer Weise als durch rechtskräftiges Urteil ist unzulässig. Den erbunwürdigen Beklagten treffen die Kosten des Prozesses auch dann, wenn er die Erbunwürdigkeit anerkennt, da er durch ein außergerichtliches Anerkenntnis der Erbunwürdigkeit den Anfechtungsberechtigten nicht klaglos stellt.

§ 2344. *Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im Erbrecht 26. Die Verfügungen an sich bleiben bestehen, werden aber oft nach § 2078 Abs. 2 angefochten werden können, da der Testator die irrige Annahme gehabt hat, der Bedachte werde als würdig Erbe werden.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Erbschein ist im Berichtsjahr vornehmlich durch die Praxis gefördert worden. In der Streitfrage, ob der Erbschein nur auf den Namen des ursprünglichen Erben auszustellen, oder ob auch der Erbeserbe und der Erbschaftskäufer zu erwähnen sei, schließt sich RG. der ersten Alternative an. Hervorzuheben sind ferner mehrere Entscheidungen des KG. (§§ 2353 I Ziff. 3, 2355, 2365 Ziff. 2, 2368 Ziff. 1). Josef behandelt den Erbschein auf Antrag des Gläubigers und des Ehemannes.

§ 2353. I. Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins. 1. Josef, Der Erbschein auf Antrag des Gläubigers, DNotV. **06** 422. a) Das Nachlaßgericht kann den Erbschein dem Gläubiger an Stelle des Schuldners nur erteilen, wenn der Schuldner die Erbschaft angenommen hat; den Beweis dafür hat, da es sich um eine Voraussetzung der Erbscheinerteilung handelt, der Gläubiger dem Gericht zu erbringen, und zwar kann er, da das Gesetz hierüber keine Bestimmungen hat, auch durch Zeugen geführt werden. b) Das Nachlaßgericht hat vor Erteilung des Erbscheins den schuldnerischen Erben tunlichst zu hören und (z. B. darüber, ob er die Erbschaft rechtswirksam ausgeschlagen hat, ob die Forderung des Gläubigers getilgt ist) entstehende Streitigkeiten selbständig zu entscheiden. c) Erhebt der Erbe Beschwerde, weil das Nachlaßgericht bei Erteilung des Erbscheins nicht festgestellt hat, daß er die Erbschaft angenommen habe, so ist die Beschwerde zurückzuweisen, wenn ersichtlich inzwischen die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, ohne daß der Erbe die Ausschlagung erklärt hat.

2. Josef, Der Erbschein auf Antrag des Mannes, DJZ. **06** 1021. Fällt der Frau eine Erbschaft an und gehört diese zum Eingebrachten oder Gesamtgut, so kann der Mann nicht die Erteilung eines Erbscheins für die Frau beantragen. Das wirtschaftliche Interesse, daß der Mann an der Erbscheinserteilung hat, verleiht ihm kein formales Antragsrecht. (Vgl. JDR. **1** § 2353 Ziff. 4.)

3. OLG. **12** 398, RJA. **7** 100, ZBlFG. **7** 132, DNotV. **06** 480, R. **06** 445 (KG.). Wenn es unbedingt feststeht, daß 2 Miterben A. und B. an dem Nachlasse des Erblassers Erbanteile von je $^2/_7$ zustehen, und nur ungewiß ist, ob ihnen nicht noch ein weiterer Erbteil zugefallen ist oder zufallen wird, wenn ein als gleichberechtigter Erbe in Betracht kommender Bruder C., der verschollen ist, vor dem Erblasser verstorben oder zwar noch am Leben sein, aber die Erbschaft ausschlagen kann, so läßt es sich nicht rechtfertigen, den Antragstellern A. und B. wegen der Möglichkeit des Eintritts dieses ihnen günstigeren Falles einen Erbschein über ihren gegenwärtig feststehenden, ihnen unter allen Umständen verbleibenden Erbteil zu versagen; sie würden durch diese Versagung beispielsweise gehindert, über den ihnen in jedem Falle zustehenden Erbteil von $^2/_7$ gemäß § 2033 zu verfügen (Dernburg V 442). Daß die anderen Miterben, insbesondere C. entweder selbst oder durch einen für ihn bestellten Abwesenheitspfleger die Erbschaft angenommen haben, brauchen die Antragsteller nicht nachzuweisen. Ein solcher Nachweis ist gemäß § 2357 Af. 3 nur zu erbringen, wenn ein gemeinschaftlicher Erbschein für alle Miterben verlangt wird (KGJ. **27** A 129).

4. DNotV. **06** 20 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. I 4.

5. DNotV. **06** 21 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. I 1.

6. DNotV. **06** 466 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. I 2.

II. Inhalt des Erbscheins. 1. **RG.** JW. **06** 714, JustizbBl. **06** 169. Der Erbschein darf nur auf den Namen des ursprünglichen Erben, nicht auf den Namen desjenigen, der vom Erben erworben hat, sei es der Erbe des Erben, der Erbschaftskäufer oder der Erwerber eines Miterbenanteils (§ 2033) ausgestellt werden. Es darf im Erbschein auch nicht ein Zusatz dahin gemacht werden, daß der Erbe seinen Erbanteil demnächst veräußert habe. Denn der gesetzliche Inhalt des Erbscheins ist strikt dahin begrenzt, daß er das Erbrecht des berufenen Erben und etwaige Einschränkungen dessen durch die Anordnung einer Nacherbschaft und die Einsetzung von Testamentsvollstreckern zu bezeugen hat. In eben diesem eingeschränkten Umfange steht dem Erbschein die Vermutung des § 2365 und der öffentliche Glaube der §§ 2366, 2367 zur Seite. Möchte auch ein vom Nachlaßgericht bezüglich der Veräußerung des Erbteils im Erbscheine gemachten Zusatz den Erbschein nicht entkräften, so steht doch keineswegs den Beteiligten das Recht zu, eine Ergänzung des Erbscheins zu fordern, die über den gesetzlichen Rahmen des Erbscheins hinausgeht und an dessen Rechtswirkungen nicht Teil hat. (Vgl. JDR. **2** § 2353 Ziff. 1b, **4** § 2357 Ziff. 1 und 2, § 2361 Ziff. 1; aA. Fahle, PosMschr. **06** 149.)

2. OLG. **12** 396, SeuffA. **61** 106, ThürBl. **53** Anh. 102 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. II 3.

§ 2354. 1. Abs. 1 Ziff. 4. KGJ. **31** A 115, DNotV. **06** 478 (KG.). Das Nachlaßgericht kann ablehnen, dem gesetzlichen Erben auf die Angabe hin, daß der Erblasser ein Testament oder eine sonstige „letztwillige Verfügung" nicht hinterlassen habe, einen Erbschein zu erteilen; denn diese Angabe umfaßt etwaige vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen nicht.

2. DNotV. **06** 21 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

§ 2355. KGJ. **32** A 94, RJA. **7** 181, ZBlFG. **7** 417, R. **06** 1402 (KG.). Der Nachlaßrichter hat etwa vorhandene Zweifel über die Gültigkeit eines Testaments zu lösen und zu diesem Behufe die erforderlichen Ermittelungen anzustellen;

sind die Ermittelungen erschöpft, so darf ein Zweifel für ihn nicht mehr bestehen, er hat vielmehr die Gültigkeitsfrage entweder in bejahendem oder in verneinendem Sinne bestimmt zu beantworten und je nachdem den verlangten Erbschein zu erteilen oder zu versagen. Wäre er berechtigt, den Antrag der Testamentserben wegen bestehender Zweifel abzulehnen, so würde er aus demselben Grunde dem gesetzlichen Erben das Zeugnis verweigern dürfen, und es würde der Zweck der §§ 2353 ff., dem Erben alsbald einen Ausweis zu schaffen, vereitelt werden. Die endgültige Feststellung, wer Erbe ist, gebührt im Streitfalle dem Prozeßrichter, der Nachlaßrichter trifft immer nur eine vorläufige Feststellung. Stellt sich diese nach der Entscheidung des Prozeßrichters als unrichtig heraus, so finden die Vorschriften des § 2361 Anwendung.

§ 2356. I. Abs. 1. 1. Josef, JW. **06** 626. Als „öffentliche Urkunden", durch die der Erbe beim Antrag auf Erbschein den Tod und das Verwandtschaftsverhältnis gemäß Abs. 1 Satz 1 nachzuweisen hat, sind nur standesamtliche Registerauszüge anzusehen, nicht aber — zum Ersatze dieser — Bescheinigungen des Notars, daß das Register einen bestimmten Inhalt habe. Auch genügt nicht die Bescheinigung des Notars, daß er einen Geburts- oder Todesfall aus eigener Anschauung kenne. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 3.)

2. Freudenthal, R. **06** 494. Der gesetzliche Erbe, der einen Erbschein nach seinem Vater oder seiner Mutter nachsucht, hat dem Nachlaßgerichte nur seinen Geburtsschein, nicht auch die Heiratsurkunde seiner Eltern vorzulegen. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **4** Ziff. 1.)

3. KGJ. **32** A 297, RJA. **7** 95, ZBlFG. **7** 129, ElsLothJZ. **06** 75, R. **06** 959 (Colmar), vgl. JDR. **4** Ziff. 1.

4. DNotV. **06** 20, vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

5. KGBl. **06** 51 (LG. I Berlin). Der Erbscheinrichter ist nicht berechtigt, von einer verheirateten Erbin, welche die Erbeslegitimationserklärung zu notariellem Protokoll abgegeben hat, den Nachweis der Verheiratung durch Vorlegung gerade der Heiratsurkunde zu verlangen.

II. Abs. 2. DNotV. **06** 22 (Kiel), vgl. JDR. **4** Ziff. II 3.

§ 2357. I. Abs. 1. DNotV. **06** 22 (KG.) vgl. JDR. **4** Ziff. 1.

II. Abs. 2. ElsLothJZ. **06** 195, ElsLothNotZ. **06** 55 (Colmar). In dem Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins müssen die Erben und Erbteile angegeben werden, und zwar die Erbteile auch dann, wenn das Testament die Erben nicht nach Bruchteilen einsetzt. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 u. 4.)

III. Abs. 3. 1. Freudenthal, BayRpflZ. **06** 11. Der Nachweis, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, kann von dem Antragsteller durch die Versicherung an Eidesstatt darüber geführt werden, daß ihm nichts bekannt sei, was seiner die fragliche Erbschaftsannahme betreffenden Angabe entgegenstehe. Der Antragsteller ist jedoch in solchen Fällen zur Mitteilung derjenigen Tatsachen zu veranlassen, auf denen seine Angabe, daß der Miterbe die Erbschaft angenommen habe, beruht.

2. KGJ. **32** A 108 (KG.). Der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins muß, wenn einer der angeblichen Miterben verschollen ist und deshalb den Antrag nicht mitgestellt hat, die Angabe enthalten, daß er den Erbfall erlebt hat. Ohne die Feststellung, daß diese Angabe richtig ist, darf der Erbschein nicht erteilt werden.

3. PosMschr. **06** 117 (LG. Stettin). Wer Ausstellung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, hat zu beweisen, nicht nur zu behaupten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Hierzu genügt nicht, daß innerhalb der Frist des § 1944 keine Ausschlagungserklärung beim Nachlaßgericht ein=

gegangen ist, da diese Frist erst mit dem Zeitpunkt der Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund beginnt.

§ 2360. Josef, BuschsZ. **35** 562. Die Entscheidung des Prozeßgerichts ist für das Nachlaßgericht bei der Erteilung eines Erbscheins nicht bindend. (Vgl. dagegen JDR. **4**.)

§ 2361. 1. RG. **61** 274, JustdBl. **06** 84, vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

2. SchlHolstAnz. **06** 187 (LG. Kiel). § 2361 bringt nicht klar zum Ausdruck, daß er neben der Einziehung auch die Berichtigung des Erbscheins zuläßt. Wenn das Gesetz die Einziehung für den Fall anordnet, daß der Erbschein „unrichtig" ist, so kann dem Worte nach hierunter jeder Fehler, auch das geringste und nur äußerliche Versehen verstanden werden. Es liegt jedoch keine zwingende Notwendigkeit vor, das Gesetz dahin auszulegen. Sehr wohl läßt sich die Absicht des Gesetzgebers nur dahin verstehen, daß unter der Unrichtigkeit lediglich der Fall begriffen wird, wo materiell das, was als zu Recht bestehend bescheinigt wird, mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, nicht dagegen der Fall, wo der Schein geringe äußere Fehler, insbesondere einfache Schreibfehler enthält. In solchen Fällen erscheint eine berichtigende Bemerkung am Rande oder als Zusatz unter der Urkunde zulässig.

§ 2363. KGJ. **31** A 124, DNotV. **06** 483 (KG.). Hat das Nachlaßgericht dem Vorerben einen Erbschein erteilt, in dem die Nacherbfolge nicht richtig angegeben ist, so kann der Vorerbe sogleich mit dem Antrage Beschwerde einlegen, das Nachlaßgericht zur Einziehuug des unrichtigen und zur Ausstellung eines anderen Erbscheins anzuweisen. Das Beschwerdegericht hat die Einziehung des unrichtigen Erbscheins auch dann anzuordnen, wenn ein neuer, dem Antrage des Vorerben entsprechender Erbschein nicht erteilt werden kann.

2. BayObLG. **6** 706, DJZ. **06** 548, R. **06** 55. Ist vom Erblasser für den Fall, daß der zunächst eingesetzte Nacherbe den Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht erlebt, ein anderer als Nacherbe eingesetzt (Ersatznacherbe), so ist auch dieser in dem Erbschein anzugeben, der dem Vorerben erteilt wird; die Unterlassung macht den Erbschein unrichtig und berechtigt den Ersatznacherben zum Antrag auf Einziehung des Erbscheins.

3. DNotV. **06** 20 (KG.), vgl. JDR. **4** Ziff. 4.

4. DNotV. **06** 26, WürttZ. **06** 22 (Dresden), vgl. JDR. **4** Ziff. 3.

§ 2365. 1. Josef, R. **06** 999. Der öffentliche Glaube des Erbscheins besteht auch dann, wenn er vom unzuständigen Gericht erteilt ist.

2. OLG. **12** 399, KGJ. **31** A 120, DJZ. **06** 321, DNotV. **06** 479 (KG.). Die Bestimmung im § 2365 bezieht sich nur auf die in den §§ 2363, 2364 bestimmt bezeichneten Beschränkungen; nur diese sind im Erbscheine zu erwähnen, deshalb nicht Vermächtnisse, Auflagen, Teilungsanordnungen, Anweisungen an den Erben zu Handlungen. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 2.)

§ 2366. Josef, BuschsZ. **35** 555. Die zwingende Wirkung des Erbscheins liegt lediglich im Privatverkehr mit gutgläubigen Dritten. Dagegen besagt das Gesetz nicht, daß anderen Gerichten, sei es dem Prozeßgericht oder dem Grundbuchamt die Nachprüfung der Richtigkeit des Erbscheins entzogen ist. Diese steht ihnen vielmehr auch betreffs der im Erbschein enthaltenen Auslegung des Testaments zu. Das Grundbuchamt ist zur Nachprüfung des Erbscheins nicht verpflichtet; es darf aber Bedenken, die sich ihm gegen seine Richtigkeit ergeben, nicht unberücksichtigt lassen.

§ 2368. 1. OLG. **12** 400, KGJ. **31** A 94, RJA. **7** 24, DNotV. **06** 463, ZBlFG. **7** 78, R. **06** 645 (KG.). a) Hat der Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen (§ 2209), so ist dies in dem Zeugnis über seine Ernennung anzu-

geben; dasselbe gilt, wenn der Erblasser die Dauer dieser Verwaltung abweichend von der Vorschrift des § 2210 Satz 1 gültig bestimmt hat. b) Hat der Erblasser mehrere Testamentsvollstrecker ernannt und angeordnet, daß der eine zu völlig selbständigem Handeln nach außen ermächtigt und nur dem Erben gegenüber verpflichtet sein soll, die Verwaltung des Nachlasses im Einverständnisse mit den anderen zu führen, so sind in dem Zeugnis über seine Ernennung die Mitvollstrecker nicht zu erwähnen.

2. BayNotZ. **06** 202, R. **06** 1200 (BayObLG.). Die Umstellung der testamentarischen Reihenfolge der Namen der Testamentsvollstrecker macht das diesen vom Nachlaßgericht ausgestellte Zeugnis dann nicht unrichtig, wenn sie gleiche Befugnisse haben.

3. DNotV. **06** 19, BöhmsZ. **16** 335, R. **06** 206 (Hamburg) vgl. JDR. 4 Ziff. 2.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile, vgl. o. zu § 2033.

§ 2382. R. **06** 1321 (BayObLG.). Diese Bestimmung findet auf den Fall, daß der Verwalter im Nachlaßkonkurse die die Konkursmasse bildende Erbschaft verkauft, um sie nach § 127 Abs. 1 KO. zu verwerten, keine Anwendung; für die Konkursgläubiger tritt an die Stelle der Haftung des Erwerbers der in die Masse fließende und zu ihrer Befriedigung dienende Erlös.

§ 2385. RG. GruchotsBeitr. **50** 662, ZBlFG. **6** 524, DNotV. **06** 36, 258, DJZ. **06** 145, BayRpflZ. **06** 121, vgl. JDR. **4** Ziff. 1; die Entscheidung SächsRpflA. **06** 330 (Dresden) wird hierdurch bestätigt.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 1. 1. *Schultzenstein, ABürgR. **29** 168—171, bespricht die unmittelbare und mittelbare Einwirkung des BGB. auf das öffentliche Recht.

2. *Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2). Die Verkehrssitten, nach denen gemäß §§ 157, 242 BGB. die Auslegung der Rechtsgeschäfte zu erfolgen hat und der Inhalt der Schuldverhältnisse festzustellen ist, enthalten gewohnheitsrechtliche Sätze, deren Anwendung durch die §§ 157, 242 BGB. sanktioniert ist. Auch partikulares Gewohnheitsrecht kann sich bilden. (Beispiel bei Danz aaO. 101 ff., 110.)

3. DJZ. **06** 211 (Colmar). Wenn in einem Gesetze bestimmt ist, daß es mit dem Tage der Verkündung in Kraft treten soll, so tritt seine Wirksamkeit schon mit dem Beginne des Tages ein, an welchem die Verkündung, sei es auch am späten Abend, erfolgt, und hat somit rückwirkende Kraft auf alle an diesem Tage auch schon vor seiner Verkündung eintretenden, von ihm näher bezeichneten Vorgänge.

Art. 4. Müller, Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe auf Strafrecht und Strafprozeßrecht, SeuffBl. **06** 541 ff. Aus Art. 4 EG. läßt sich für das Strafrecht nur feststellen, daß Rechtsbegriffe, wie Verwandtschaft, Schwägerschaft, Ehemann, Ehefrau, auch im Strafrecht nach BGB. zu beurteilen sind. Für die Feststellung der Wirkungen von Nichtigkeit und Nichtigkeitserklärung einer Ehe für die im Strafrecht in Betracht kommenden Verhältnisse der Ehegatten selbst, der Verwandten und Verschwägerten läßt sich nichts daraus ableiten. (S. weiter zu Art. 33.)

Internationales Privatrecht.

I. Allgemeines.

1. Literatur: Rippold, Internationale Rechtseinheit, BlVerglR. **06** 65 ff.

2. *Klein, Internationalrechtliche Privatrechtseinheit, ZIPR. **16** 1—33, 117 bis 119. Die heutige Internationalrechtswissenschaft hat drei Aufgaben: a) Fortbildung und Auslegung des einzelstaatlichen sogenannten Internationalprivatrechts. b) Ausbau des durch Kollektivverträge zwischen den am meisten an dem Rechtsverkehr beteiligten Staaten bereits teilweise geschaffenen völkerrechtlichen „echten" Internationalprivatrechts. c) Lösung des Problems der bewußten, durch internationale Regelung zu erzielenden materiellen und formalen Einheit des Privatrechts aller Kulturvölker (Internationalrechtliche Privatrechtseinheit) — (18—33, 117—119). Das Problem hat einen doppelten Inhalt: materielle und formale Vereinheitlichung des Privatrechts. Nach beiden Richtungen muß im Wege der Rechtsvergleichung nachgeprüft werden, ob und inwieweit eine Vereinheitlichung möglich ist und sich empfiehlt. — Zunächst mag man sich mit der Erreichung eines Spezialweltrechts im Sinne Meilis und Cohns begnügen: Vereinheitlichung des Handels-, Wechsel-, See-, Industrie-, Autor- und Verkehrsrechts. — Weiter anzustreben ist die Vereinheitlichung für das Obligationenrecht, Mobiliarsachenrecht, Ehegüterrecht, Immaterialgüterrecht, für diejenigen erbrechtlichen Regeln, welche die Erwerbsformen, Erwerbsfristen und Schuldenhaftung betreffen und besonders die einheitliche Regelung der „Anknüpfungsmomente".

3. *Klein, Abhandlungen aus dem Internationalen Privatrecht, II. Die Bedeutung des Völkerrechts für das internationale Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rechtes der neuen Haager Staatenkonferenzen", ABürgR. **29** 92—116. I. Der Methodenstreit in der Internationalrechtswissenschaft und seine Bedeutung (92—96). II. Bedeutung der Beziehungen zwischen Völkerrecht und Internationalprivatrecht: a) für Lückenausfüllung des einzelstaatlichen Internationalprivatrechts, b) für den Fortschritt der Internationalrechtsentwickelung überhaupt (96—98). III. Daß Beziehungen zwischen dem Völkerrecht und Internationalprivatrecht bestehen, ist niemals geleugnet worden. Streitig ist, wieweit sie reichen (Literaturübersicht 98—102). Allgemein anerkannte überstaatliche Internationalprivatrechtssätze (102/103). IV. Möglichkeit eines Ausbaus der vorhandenen Sätze des überstaatlichen Internationalprivatrechts zu einem System (103—106). V. Bedeutung der Haager Konventionen für die Frage nach den Beziehungen des Völkerrechts zum Internationalprivatrecht. a) Überstaatliches Internationalprivatrecht = Völkerrecht. Ihm entsprechen inhaltsidentische einzelstaatliche Imperative der Gesetzgebungen der einzelnen Staaten. Das überstaatliche Internationalprivatrecht ist causa des einzelstaatlichen Internationalprivatrechts. b) Bei der Lückenausfüllung der einzelstaatlichen Internationalprivatrechts ist auf die Bestimmungen des überstaatlichen Internationalprivatrechts zurückzugehen, d. h. man muß zunächst auf dem Wege der Analogie zu dem vorhandenen überstaatlichen Internationalprivatrecht oder durch dessen Fortentwickelung die „völkerrechtliche Kollisionsnorm" sich herausbilden und dann eine dieser überstaatlichen Kollisionsnorm inhaltsidentische einzelstaatliche Kollisionsnorm aufstellen. c) Der Richter hat es immer nur mit der innerstaatlichen inhaltsidentischen Kollisionsnorm zu tun, also auch immer nur für die innerstaatliche Kollisionsnorm die Frage des zeitlichen Anwendungsgebiets zu beantworten, und darauf zu achten, daß wohlerworbene Rechte nicht durch die neuen Kollisionsnormen geschädigt werden. (Gegen Kahn, JheringsJ. **43** 333—334.) Vgl. 110/111 Anm. 7. VI. Voraussichtliche Entwickelung des überstaatlichen Internationalprivatrechts (112—116).

4. *Klein, Die Lehre vom ordre public, ABürgR. **29** 311—384. (311 bis 347.) a) Nur für den einzelnen Rechtsfall kann erfolgreich bestimmt werden, ob die Interessen des eigenen Staates gebieterisch verlangen, daß das an sich maßgebende ausländische Recht ausnahmsweise nicht angewandt werden könne. b) Die Intensität der Beziehungen des Rechtsfalls zum Rechte des eigenen Staates genügt als solche niemals, um die ausnahmsweise Ablehnung des ausländischen maßgebenden Rechtes zu rechtfertigen. c) Immer ist es der Inhalt des ausländischen Rechtes, der den zwingenden Charakter der eigenen Rechtssätze auslöst. — (347—384.) Verschiedene mögliche Formulierungen der gesetzgeberischen Entscheidung: „daß die Anwendung des nach den allgemeinen Kollisionsnormen maßgebenden ausländischen Rechtes ausnahmsweise ausgeschlossen ist, wenn die Anwendung gegen den Zweck der eigenen Rechtsordnung verstoßen würde" im überstaatlichen Internationalprivatrecht. — Von den vier möglichen Formulierungen: a) Aufstellung einer allgemeinen Vorbehaltsklausel, b) der Gesetzgeber stellt zunächst eine allgemeine Vorbehaltsklausel auf und gibt dann nachher noch eine Reihe von Spezialnormen, Anwendungen der Vorbehaltsklausel, c) der überstaatliche Gesetzgeber stellt zunächst eine allgemeine Vorbehaltsklausel auf, sodann wird jeder der Konventionsstaaten verpflichtet, durch einen einzelstaatlichen Gesetzgebungsakt diese Klausel zu spezialisieren, d) Aufstellung einzelner Spezialsätze, — ist die Formulierung 1 zu empfehlen.

5. *Klein, ABürgR. **29** 356/357, führt zu dem Meinungsstreite darüber, ob es sich empfehle, das einzelstaatliche Internationalprivatrecht aus dem materiellen Gesetze auszuscheiden und in ein „Einführungsgesetz" zu stellen ➹ Zitelmann, GrünhutsZ. **33** 3/4, Meili, VölkRZ. **1** 134 Anm. 1, Dubois, Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal international II 429—445 ➷ aus, daß von den möglichen gesetzgeberischen Lösungen: I. Das Internationalprivatrecht wird innerhalb der Privatrechtskodifikation geregelt und zwar: 1. im „Allgemeinen Teile", 2. in einem besonderen „Buche" oder „Hauptstück" der Privatrechtskodifikation, 3. dezentralisiert bei den einzelnen Materien. — II. Das Internationalprivatrecht wird außerhalb der Privatrechtskodifikation geregelt und zwar: 1. in einem besonderen, selbständigen Gesetz, 2. im Einführungsgesetz zur Privatrechtskodifikation oder einer Einleitung, die Lösung unter 2 den Vorzug verdiene, weil sie die zweckmäßigste ist, — und am meisten der Natur und dem Wesen des Internationalprivatrechts gerecht wird.

II. Literatur und Rechtsprechung zu Artt. 7—31.

Zu Artt. 7—31. 1. *Rohs, ZIPR. **16** 362 ff. Können die Lücken des internationalen Privatrechts durch analoge Anwendung der Regeln des ausführlicher behandelten intertemporalen Rechtes ergänzt werden? Die verschiedene Natur des internationalen Rechtes als formalen Rechtes und des intertemporalen Rechtes als materiellen Rechtes schließt jede analoge Übertragung der Regeln des einen Gebietes auf das andere Gebiet aus. Insbesondere hat der Statutenwechsel im internationalen Rechte eine andere Bedeutung als im intertemporalen Rechte.

2. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht (1906). a) Für das internationale Privatrecht ist unmittelbare Rechtsquelle das Recht des einzelnen Staates; nur seine mittelbare Grundlage findet es im Völkerrechte, das seinerseits für die Ausgestaltung des Rechtes des einzelnen Staates maßgebend sein kann; die Natur der Sache ist keine Quelle des internationalen Privatrechts (6—9, 10 f.). — Eine möglichst einheitliche Ausgestaltung des internationalen Privatrechts in den verschiedenen Staaten ist zu erstreben; deshalb sind die eine solche Entwickelung störenden Lehren von der Rückverweisung, der Weiterver-

weisung und der Zuständigkeitserörterung grundsätzlich zu verwerfen; zuständig ist jeder Staat zu jeder international-privatrechtlichen Regelung (10—13). b) Die einseitigen Kollisionsnormen des EG. zu zweiseitigen zu erweitern, hindert die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in keiner Weise; ob diese Ausdehnung sachgemäß ist, ist im einzelnen Falle zu entscheiden; für das sogenannte Personalstatut z. B. ist das Recht (nicht das internationale Privatrecht) des Heimatstaates maßgebend (13—16).

3. **RG.** R. **06** 1082 (2516), ZBlFG. **7** 388 (298); **RG.** ZIPR. **16** 320, R. **06** 1265 (3082). Die Grundsätze des internationalen Privatrechts sind, wenigstens dann, wenn es sich um Anwendung von Landesgesetzen handelt, welche für die durch das EG. der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebiete erlassen und in diesen Gesetzen keine entsprechenden Bestimmungen enthalten sind, auf das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten und der deutschen Landesrechte untereinander entsprechend anzuwenden.

Art. 7. S. auch zu Artt. 11, 13, 23. *Neumeyer, ZStW. **27** 13 ff. Rechtsfähigkeit im Sinne einer Teilnahme an einer einzelnen Rechtseinrichtung steht unter den Gesetzen, welche für diese Rechtseinrichtung maßgebend sind. Rechtsfähigkeit im Sinne einer Teilnahme an der Rechtsordnung überhaupt steht vermöge eines materiellen Verweisungsrechtssatzes (nicht einer Kollisionsnorm) unter den Gesetzen des Heimatstaats.

Art. 8. S. zu Artt. 7, 13, 27, 30. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht des Deutschen Reichs. a) Entmündigungsbegriff. Entmündigung ist jeder rechtlich anerkannte Akt, durch welchen die Geschäftsfähigkeit eines zunächst zur Vornahme von Rechtshandlungen befugten Rechtsträgers beschränkt oder aufgehoben wird, weil die natürlichen Eigenschaften zur Einnahme der zunächst gewährten Rechtsstellung fehlen (1—6); sie ist keine Polizeimaßregel (103 ff., 113 ff.). b) Wenn die Entmündigungsvoraussetzungen des heimischen Rechtes für eine Person vorliegen, ist deren Entmündigung gerechtfertigt; die Kollisionsnormen des Heimatrechts kommen nur in Betracht, soweit die Rückverweisung des Art. 27 Platz greift (37—44); dies, sowie die grundsätzliche Zuständigkeit des Heimatstaats zur Entmündigung ergibt sich aus Art. 7 EGBGB. (68 ff.). c) Ausnahme sowohl von der Anwendbarkeit des heimischen Rechtes, als auch von der Zuständigkeit des Heimatstaats wird begründet durch Art. 8. Zur Auslegung dieser Vorschrift: α. Ob jemand Staatsangehöriger oder Ausländer ist, beurteilt sich nach dem Zustande zur Zeit der Erlassung des Entmündigungsbeschlusses (35); zu dieser Zeit muß auch der Wohnsitz begründet sein (35). β. Bei mehrfachem Wohnsitze ist Entmündigung an jedem möglich (31 f., 57). γ. Ausländer im Sinne des Art. 8 ist jeder, der nicht nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 27 in Deutschland unter Anwendung deutschen Rechtes entmündigt werden kann (56 f.). δ. Die Entmündigung zufolge Art. 8 kann, sie muß nicht erfolgen; sie hat insbesondere zu unterbleiben, soweit eine etwa gleichartig wirkende Entmündigung schon erlassen ist oder voraussichtlich erlassen wird (58 f.). d) Eine entsprechende Anwendung von Art. 8 ist abzulehnen: weder ein Deutscher noch der Angehörige eines dritten Staates kann vom ausländischen Wohnsitzstaat entmündigt werden und noch weniger ist das Recht des Wohnsitzstaates anzuwenden (78 ff., 60 ff.). Gegenteiliges gilt, außer bei vorläufigen Entmündigungen (64 f., 87), für die Zuständigkeit, wenn der Heimatstaat seine Zuständigkeit verneint (83 ff.), und für die anwendbaren Gesetze, wenn das Recht des Heimatstaats nicht angewendet sein will (63 f.). e) Die Wirksamkeit der überhaupt anzuerkennenden Entmündigung ist grundsätzlich an keinerlei Einschränkung zu binden (102 ff.); insbesondere ist sie von einer Bekanntmachung des

Entmündigungserkenntnisses nicht abhängig (108 ff.). Unwirksam ist aber eine Entmündigung, wenn Art. 30 EG. zutrifft; dies ist nicht schon der Fall, wenn der Entmündigungsgrund dem deutschen Rechte unbekannt ist, sondern nur, wenn natürliche Geschäftsunfähigkeit den Grund zur Entmündigung nicht abgibt. Unwirksam kann sodann eine Entmündigung auch wegen grober prozessualer Verstöße sein (111 ff.). f) Die Entmündigungswirkungen unterliegen nicht dem „Wirkungsstatute" Zitelmanns; sie unterstehen vielmehr grundsätzlich einem einzigen Rechte (anders Staudinger-Wagner Art. 8 Bem. III A) und zwar demjenigen, unter dessen Anwendung die Entmündigung ausgesprochen wurde (115—122). Eine Ausnahme von diesem Satze besteht zwar nicht bei Rechtsgeschäften, welche wie z. B. die bergrechtlichen partikularrechtlich geregelt sind (122—125), wohl aber stets dann, wenn die Vormundschaft nicht in demjenigen Staate geführt wird, dessen Recht über die Entmündigungsvoraussetzungen entschied; hier kommt das Vormundschaftsrecht des Vormundschaftsstaates mit seinen Einwirkungen auf die Geschäftsfähigkeit zur Anwendung (133 ff.). — An sich können mehrere Rechte gleichzeitig berufen sein, die Entmündigungswirkungen zu beherrschen; manchmal aber liegt dieser Fall nur scheinbar vor; es ist je nach dem einzelnen Falle zu entscheiden (137 ff.) — Für die inländischen Verkehrsgeschäfte treten die Geschäftsfähigkeitsbeschränkungen einer ausländischen Entmündigung nicht ein, soweit diese Wirkungen bei gleichartigen inländischen Entmündigungsakten nicht Platz greifen würden; dies zufolge Art. 7 Abs. 3 EGBGB. (140 ff.). — Eine Änderung des für die Entmündigungswirkungen maßgebenden Rechtes kann hervorgerufen werden durch eine Änderung der Gesetzgebung (142 ff.) und weiter durch den Wechsel der Staatsangehörigkeit des Entmündigten, welcher nicht ausgeschlossen ist (145 f.) und welcher für den Hauptfall die Folge hat, daß die Entmündigung weiter dauert, aber nunmehr diejenigen Wirkungen äußert, welche das neue Heimatrecht an eine gleichartige Entmündigung knüpft. (Hierüber und über die einzelne Ausgestaltung 146 ff.) g) Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt grundsätzlich nach den Vorschriften des Heimatrechts und durch den Heimatstaat (Art. 7 EGBGB.). Im allgemeinen entscheidet über die Wiederaufhebung dasjenige Recht, welches zu der in Betracht kommenden Zeit die Entmündigungswirkungen beherrscht (160—163). Ausnahmsweise kann (arg. Art. 8 EG.) der entmündigte Ausländer im Inlande nach deutschen Gesetzen von der ausländischen Entmündigung befreit werden, wenn er in Deutschland seinen Wohnsitz oder mangels eines solchen seinen Aufenthalt hat. Weiter gilt ausnahmsweise: wofern nicht Deutschland eine Entmündigung, über welche das Recht des Staates A. herrscht, nicht selbst aufheben kann, kann der Staat B. die Wiederaufhebung nach seinem Rechte vornehmen, falls A. seine Zuständigkeit und die Anwendbarkeit seines Rechtes ablehnt (163—167).

Art. 11. I. *Neumeyer, ZStW. **27** 4 f. Eine Aberkennung der Fähigkeit, Urkundenzeuge zu sein, hat nur für Urkunden Bedeutung, deren Beweiskraft der aberkennende Staat ordnet.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 62** 379 ff., JW. **06** 187, R. **06** 622 (1502). Vertragsobligationen wie früher im Zweifel nach dem Rechte des Erfüllungsorts zu beurteilen, ist unter dem neuen Rechte nicht angängig. Wenn aber das solche Schuldverhältnisse beherrschende Recht nicht das des Erfüllungsortes ist, kommt diese Rolle dem Personalstatute des Schuldners zur Zeit des Vertragsabschlusses zu — sei es das Recht des Wohnortes oder das des Heimatstaates. Es genügt aber nach Abs. 1 Satz 2 für die Form die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Dies geschieht bei einem Vertrag unter Abwesenden dort, wo die Willenseinigung zustande kommt, der

Antrag des einen Teiles von dem anderen angenommen, oder dessen Annahmeerklärung abgegeben wird.

2. **RG. 63** 18 ff., JW. **06** 219, ZJPR. **16** 326, DJZ. **06** 542, R. **06** 615 (1436). Der Satz, daß bei Verträgen über ausländische Grundstücke das Erfordernis der Form nach den Gesetzen des Ortes, wo das Grundstück gelegen ist, zu beurteilen ist, findet sich zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Jedoch unterliegt es nach Abs. 1 Satz 1 des Art. 11 keinem Bedenken, bei Rechtsgeschäften, deren Gegenstand ein Grundstück bildet, die örtlichen Gesetze als maßgebend anzusehen und demgemäß diese Gesetze ohne Unterschied, ob es sich um dingliche oder persönliche Rechtsbeziehungen handelt, insbesondere auch bei der Entscheidung der Frage, ob und welchem Formzwang obligatorische Veräußerungsverträge unterliegen, zur Anwendung zu bringen. Die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. findet daher auf Verträge über die Übertragung ausländischer Grundstücke keine Anwendung. S. auch o. § 313 Ziff. II zu 1 g.

3. OLG. **13** 402 (KG.). Für die Form einer Zession ist das Recht des Ortes anzuwenden, wo die Zession vorgenommen wurde (Böhm, Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen 121). S. auch o. § 398 Ziff. 6, insbes. zu b.

4. **RG. 61** 343 ff., DJZ. **05** 1170, JW. **05** 713. Zur Gültigkeit der Form einer Rückbürgschaft, die im Auslande geschlossen ist, würde es nach Art. 11 Abs. 1 EG. genügen, wenn nur die Vorschriften des Gesetzes des Ortes des Vertragsabschlusses beobachtet sind. — Das Recht des Erfüllungsortes ist bis zum Erlaß des BGB. das örtliche Recht für Vertragsobligationen gewesen, kann aber jetzt nicht mehr als unbedingt maßgebend angesehen werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob nicht statt des Rechtes des Erfüllungsortes das Personalstatut des Schuldners zur Zeit des Vertragsabschlusses als das regelmäßig anzuwendende angesehen werden muß und ob als dieses das Recht des Wohnortes oder das des Heimatstaats zu gelten hat. S. ferner o. § 765 Ziff. 11.

Art. 12. **RG.** JW. **06** 298 (1), RheinA. **102** II 89, R. **06** 754 (1807). Der allgemeine Grundsatz des internationalen Privatrechts, daß das Recht des Ortes der Begehung einer Handlung dafür als maßgebend erachtet wird, ob die Handlung als unerlaubte anzusehen ist und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht, ist auch in Art. 12 anerkannt.

Art. 13. I. Literatur. S. auch zu Art. 7. 1. Wachinger, Bay. RpflZ. **06** 58. Der Grundsatz der Anwendung der lex patriae, den Art. 13 aufstellt, erhält eine weittragende Bedeutung, wenn Rechtsgebiete in Frage kommen, in denen der katholische Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe staatlich anerkannt ist. Für österreichische Staatsangehörige ergibt sich folgendes. Eine Eheschließung zwischen zwei Personen, von denen eine schon früher mit einem jetzt noch lebenden Gatten verheiratet war, und von denen eine die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, ist unmöglich, wenn auch nur einer der geschiedenen Ehegatten zur Zeit der Schließung der früheren Ehe oder der als Bewerber auftretende geschiedene Ehegatte zur Zeit der Trennung der früheren katholisch war oder wenn der dem geschiedenen Ehegatten gegenüberstehende Bewerber katholisch ist. S. IDR. **4** EG. Art. 13.

2. *Neumeyer, BlVerglR. **2** 113 ff. Die elterliche Ehebewilligung ist ein Ausfluß des Elternrechts und insoweit dem elterlichen Statut unterworfen. Fordert das elterliche Statut die Einholung einer Genehmigung, das Ehestatut aber nicht, so kann zwar die Gültigkeit einer verbotswidrig geschlossenen Ehe nicht angefochten werden, im übrigen aber erzeugt das Elternrecht alle nach dem elterlichen Statut zugelassenen Rechtswirkungen, insbesondere auch möglicherweise einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf Unterlassung der nicht bewilligten Eheschließung. Ist die Einholung einer Genehmigung im Ehestatut, aber nicht im

Elternstatut vorgeschrieben, so muß sie erwirkt werden, wenn im Interesse des Ehelustigen vorgeschrieben.

II. Rechtsprechung. 1. BayRpflZ. **06** 167 (LG. München I). Die Eheschließung einer russischen Israelitin mit einem deutschen Katholiken ist unzulässig; denn nach russischem (mosaisch-talmudischem) Recht ist die Ehe zwischen Katholiken und Israeliten verboten und eine von einem russischen Staatsangehörigen im Auslande geschlossene Ehe wird in Rußland nur auf Grund kirchlicher Trauung anerkannt. Die Einwilligung nach § 1365 BGB. muß den anderen Verlobten bezeichnen und darf nicht gewollt sein.

2. SeuffBl. **06** 202 (LG. München I). Voraussetzungen der Eheschließung nach russischem Rechte sind Einwilligung der Eltern bei Minderjährigen und Ehemündigkeit, d. h. Vollendung des 18. Lebensjahrs.

3. KGJ. **32** A 28 (KG). Die Vormundschaft über eine im Deutschen Reiche wohnende Minderjährige, die im Ausland einen Deutschen geheiratet hat, bis zu ihrer Eheschließung aber Ausländerin war, ist durch das deutsche Vormundschaftsgericht, auch wenn die Ehe durch Klage angefochten oder nichtig ist, so lange zu führen, bis die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist. Die Anfechtbarkeit der in England geschlossenen Ehe einer minderjährigen Engländerin mit einem Deutschen wegen Fehlens der Zustimmung des Vormundes ist, wenn die Minderjährige vor und nach der Eheschließung ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche hatte, nach deutschem Rechte zu beurteilen.

Art. 14. S. zu Art. 16, 17, 170, 199. 1. **RG. 62** 400 ff., JW. **06** 220, ZJPR. **16** 298, R. **06** 622 (1503), HansGZ. **06** Beibl. 228. Streitigkeiten über die Unterhaltsverpflichtung des Ehemanns zwischen ausländischen Eheleuten sind nach dem Rechte ihres Heimatstaates, nach dem auf Grund der Staatsangehörigkeit zu bestimmenden Personalstatut zu beurteilen. Art. 14 EG. ist jedenfalls dann entsprechend auf ausländische Ehegatten anzuwenden, wenn sie beide dem nämlichen Staate angehören. Soweit es sich um die Frage handelt, ob nur der notdürftige Unterhalt zu gewähren sei (§ 1611 Abs. 2 und §§ 1565—1568 BGB.), ist eventuell das deutsche Recht zu berücksichtigen, selbst wenn das ausländische Recht die Scheidung einer Ehe vom Bande nicht kennt.

2. BayRpflZ. **06** 254 ff. (München). Das EG. enthält für die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten eine Kollisionsnorm nur für den Fall, daß beide Gatten Deutsche sind, oder daß der Mann Deutscher war und die Frau die Reichsangehörigkeit behalten hat. Für den Fall, daß beide Ehegatten Ausländer sind, ist eine Vorschrift nicht getroffen. Es muß aber wegen der Entstehungsgeschichte des Art. 14 angenommen werden, daß für die familienrechtliche Stellung und daher auch für die persönlichen Beziehungen der Gatten das Personalstatut entscheidet. Nach Artt. 7—31 EG. ist aber nicht der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit für die Personalstatuten maßgebend und auf diese Beziehungen der Ehegatten ihr nationales Recht, nicht ohne Unterschied der Nationalität das deutsche Recht anzuwenden.

Art. 15. S. zu Artt. 16, 25, 200. JDR. **3** EG. Artt. 15, 16. 1. HansGZ. **06** Beibl. 285 (Hamburg). Ausländische Eheleute leben, auch wenn sie in Deutschland wohnen, nach dem Rechte des Staates, dem der Mann angehört (Art. 15 EG.). Dies gilt aber nicht für Ehen, für welche vor dem 1. 1. 1900 bereits ein anderes eheliches Güterrecht nach dem damals geltenden internationalen Privatrecht begründet war. Art. 200 EG. begründet also eine Ausnahme von Art. 15. Dies gilt sowohl bei Anwendung einzelner Rechtssätze als des ganzen Rechtssystems. Vgl. zu Art. 25.

2. **RG.** JW. **06** 328 Ziff. 1, R. **06** 754 (808). Sind die Eheleute französische Staatsangehörige, so ist für ihr eheliches Güterrecht das Recht ihres

Heimatstaates maßgebend; nach dem Code civil (Artt. 215, 1428) bedarf aber die Ehefrau für eine Klage der Einwilligung ihres Ehemannes, auch wenn der Rechtsstreit ihr Sondergut zum Gegenstand hat.

Art. 16. KG., RJA. **7** 162, ZBlFG. **7** 403, R. **06** 1339 (3262). Wenn die beiden Ehegatten, die um die Beschränkung der Schlüsselgewalt nach § 1357 BGB. streiten, Ausländer sind, aber im Inland ihren Wohnsitz haben, so findet das deutsche Recht Anwendung, wenn es Dritten günstiger ist als die ausländischen Gesetze. Art. 16 Abs. 2 EG. gilt zwar nur im Verhältnisse zu Dritten, nicht nur im Verhältnisse der Ehegatten, da er nur den Schutz Dritter bezweckt und die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander nach dem aus Art. 14 EG. abzuleitenden Grundsatze nach dem Rechte ihres Heimatstaates zu beurteilen sind. Daraus folgt aber nur, daß die materielle Frage, ob der Ausschluß der Schlüsselgewalt durch den Ehemann sich seiner Ehefrau gegenüber als Mißbrauch seines Rechtes darstelle, hier nach ausländischem Rechte zu entscheiden ist. Die sonstigen Fragen dagegen, ob die Frau ein Recht hat, den Mann Dritten gegenüber zu vertreten, ob der Mann formell berechtigt ist, dieses Recht auszuschließen, und ob die Frau formell berechtigt ist, die Aufhebung dieses Ausschlusses durch das Vormundschaftsgericht zu beantragen, beziehen sich auf ihre Rechtsstellung nach außen und sollen deshalb unter den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 nach § 1357 BGB. geregelt werden, wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande haben. S. auch o. § 1357 Ziff. II 4.

Art. 17. I. Literatur. Mamelok, Ehescheidung von Deutschen in der Schweiz, DJZ. **06** 427, 428. Nach Art. 56 SchweizBundesG. betr. Zivilstand und Ehe vom 24. 12. 1874 können schweizerische Gerichte eine Ehescheidungs- oder Nichtigkeitsklage nur dann annehmen, wenn vorher nachgewiesen wird, daß der Staat, dem die Eheleute angehören, das Urteil anerkennt, das erlassen wird. Da nach einer Entscheidung des Bundesgerichts vom 3. Mai 1900 wegen Art. 17 EGBGB., § 328 Ziff. 3, 4 ZPO. die Beibringung einer vorherigen Anerkennung des schweizerischen Scheidungsurteils unmöglich ist, kann zwischen Deutschen in der Schweiz keine Ehescheidung mehr ausgesprochen werden. Dieser Zustand ist durch das Haager Abkommen vom 12. Juni 1902 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett beseitigt.

II. Rechtsprechung. S. zu Artt. 19, 23. 1. WürttJ. **18** 183 ff. (Stuttgart). Auf die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft (§§ 1353, 1567 BGB.) ist, wenn nach Trennung der Eheleute der Ehemann für seine Person die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt, die Ehefrau aber die österreichische beibehalten hat, deutsches Recht anzuwenden. S. auch o. § 1353 Ziff. 1 b.

2. ElsLothJZ. **06** 271 (Colmar). Wenn ein Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, so sind für die von ihm nachher erhobene Ehescheidungsklage die deutschen Gesetzesbestimmungen im allgemeinen maßgebend. Ist aber die zur Ehescheidung geltend gemachte Tatsache eingetreten, während der Ehemann einem anderen Staat angehörte, so kann sie als Scheidungsgrund mit Erfolg nur dann verwendet werden, wenn sie auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungs- oder ein Trennungsgrund ist (so Trunksucht nach italienischem Recht).

3. ZIPR. **16** 36, R. **06** 1200 (2871) (München). Aus § 328 ZPO. läßt sich nicht der Satz ableiten, daß bei jeder auch vor dem 1. 1. 00 vollzogenen ausländischen Scheidung die Übereinstimmung mit dem Rechtsgedanken des Art. 17 EG. Erfordernis der Anerkennung wäre. § 328 setzt vielmehr die nach allgemeinen Grundsätzen zu bemessende zeitliche Anwendbarkeit des Art. 17 voraus, verleiht diesem Artikel also nicht rückwirkende Kraft.

4. HansGZ. **06** Beibl. 97 (Hamburg). Ehescheidung zwischen Österreichern, die katholisch waren. Nach österreichischem Rechte soll für Ehescheidungen das Recht des Prozeßgerichts entscheiden. Artt. 17, 27 EGBGB. zwingen die deutschen Gerichte also nicht dazu, österreichisches Recht anzuwenden. Tatsachen, die sich ereigneten, während der Gatte einem anderen Staate angehörte, können von einem deutschen Gericht zur Ehescheidung nur dann benutzt werden, wenn sie nach dem Rechte des anderen Staates auch Scheidungs- oder Trennungsgrund sind. Wenn auch nur ein Ehegatte Katholik ist, kann nach österreichischem Rechte nicht auf Scheidung, sondern nur auf Trennung von Tisch und Bett erkannt werden. Das deutsche Gericht darf aber in solchem Falle wegen derselben Tatsache Scheidung aussprechen.

5. RheinA. **102** I 88 (Cöln). Scheidung der Ehe von Tisch und Bett nach österreichischem Rechte steht der Ehescheidung nach dem BGB. durch ein deutsches Gericht an sich nicht entgegen, auch wenn die Beklagte die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt. Das deutsche Gericht ist auf Grund der preußischen Staatsangehörigkeit des Klägers zuständig, auch wenn er die österreichische noch nicht verloren haben sollte (Art. 7 EG., § 606 Abs. 1 ZPO.). Das Haager internationale Abkommen über die Ehescheidung vom 12. 6. 02 (RGBl. **04** 231) gilt noch nicht im Verhältnis von Deutschland und Österreich.

Art. 18. 1. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 184 ff. Die Vorschrift ist auch anwendbar, wenn die Ehe der Mutter nicht rechtswirksam geschlossen war.

2. *Neumeyer, ZStW. **27** 45 ff., 17 ff., 25. § 1680 BGB. ist auch anwendbar auf Ausländer im Inland. — Eine Aberkennung der elterlichen Gewalt im Ausland ist in Deutschland anzuerkennen, wenn sie den Voraussetzungen genügt, unter denen eine solche Aberkennung im Heimatstaat hätte erfolgen können. Der Ausspruch kann wirksam auch außerhalb des Heimatstaates erfolgen.

Art. 19. S. zu Artt. 17, 23. KGJ. **31** A 18, ZIPR. **15** 601 (KG). Das deutsche Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, Anordnungen wegen der Kinder nach Maßgabe der §§ 1635, 1636 BGB. zu erlassen, wenn den Eltern nach österreichischem Rechte auf Grund ihres Einverständnisses die Scheidung von Tisch und Bett bewilligt ist.

Art. 20. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 185, 186 f. Ob die Mutter und ihr uneheliches Kind verwandt sind, richtet sich nach dem Heimatrechte der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes. Ebenso entscheidet über die Verwandtschaft des Kindes und seines Erzeugers das Heimatrecht dieses zur Zeit der Geburt des Kindes.

Art. 23. I. Literatur. 1. **a**) Gegen die IDR. **1** zu Art. 23 Ziff. 3 Abs. 2 mitgeteilte Entscheidung des **RG. 21** 209 vertritt *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 211—217, die Ansicht, daß eine vorläufige Vormundschaft über einen Ausländer eingeleitet werden könne, sobald ein deutsches Entmündigungsverfahren zulässigerweise beantragt oder gar eingeleitet worden, aber auch dann, wenn in dem nach den deutschen Grundsätzen (EG. Artt. 7, 27 u. BGB. § 1903) zuständigen Staate ein Entmündigungsverfahren rechtswirksam beantragt ist und der zu Entmündigende in Deutschland Wohnsitz oder Aufenthalt hat. **b**) *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 125—133. Anwendung der Vorschrift bei Entmündigten. Verlegt der Entmündigte seinen Wohnsitz in das Deutsche Reich, so kann das deutsche Gericht eine Vormundschaft anordnen, wenn der Heimatstaat die Fürsorge nicht übernimmt. Daß der frühere Wohnsitz oder Aufenthaltsstaat die vormundschaftsgerichtliche Tätigkeit ausübt, hindert nach Art. 23 das deutsche Gericht nicht am Einschreiten. Hier

können aber zwei Vormundschaften nebeneinander bestehen, bei der jedoch der deutschen das Übergewicht über die ausländische zu geben ist.

2. Hock, PucheltsZ. 06 565 ff. (571). Man könnte annehmen, daß die Fortdauer des Art. 23 EG., welcher die Anordnung einer Vormundschaft über den Ausländer nicht vorschreibt, sondern nur zuläßt, den inländischen Gerichten auch die Möglichkeit verschafft, in den Fällen, wo der Vater oder die nicht wieder verheiratete Mutter noch lebt, in den Fällen also, in denen nach deutschem Rechte keine Vormundschaft eintritt, wie dies in den Ländern des Code civil in Form der gesetzlichen Vormundschaft (tutelle légale) zutrifft, sondern der überlebende Ehegatte die elterliche Gewalt ausübt, von der Anordnung einer Vormundschaft abzusehen. Indessen wird höheren und maßgebenden Ortes in solchen Fällen die Eröffnung einer Vormundschaft durch das deutsche Gericht für geboten erachtet. — Es ist aber nicht etwa eine gesetzliche Vormundschaft anzuordnen, sondern die Bestellung eines Vormundes vorzunehmen, wobei allerdings der überlebende Elternteil, soweit möglich, in erster Reihe zu berücksichtigen ist. — Für ein uneheliches Kind, für das die Fürsorge von seinem Heimatstaate nicht übernommen ist, wird man der bisherigen Übung entsprechend nur dann einen Vormund ernennen, wenn es schutzbedürftig ist oder wenn auf Inländer, welche mit jenem Verträge abzuschließen beabsichtigen, Rücksicht zu nehmen ist. — Die dem Vormundschaftsrichter durch die Haager Konvention vom 12. 6. 02 (RGBl. 04 240) erwachsenen Obliegenheiten sind demgemäß zu erweitern.

3. *Neumeyer, ZStW. 27 4. Eine Aberkennung der Fähigkeit, Vormund zu sein, wirkt nur für Vormundschaften, zu deren Führung der aberkennende Staat ermächtigt.

II. Rechtsprechung. 1. RG. R. 06 445 (1092), ZIPR. 16 304. Eine Vormundschaft, die über einen Ausländer eingeleitet ist, ohne daß die Voraussetzungen des Art. 23 EG. vorliegen, kann nicht um deswillen als zu Recht bestehend behandelt werden, weil sie formell noch schwebt und ihre Anfechtung bisher nicht erfolgt ist; denn die internationale Zuständigkeitsnorm ist zwingender Natur und eine ihr zuwiderlaufende Tätigkeit der Vormundschaftsgerichte darum nicht gestattet. AM. RG. ZIPR. 05 328.

2. KGJ. 31 A 45. Eine unter Verletzung des Art. 23 Abs. 1 EGBGB. im Inland eingeleitete Vormundschaft begründet nicht die Zuständigkeit des inländischen Gerichts für eine Anordnung über die religiöse Erziehung eines ausländischen Kindes. Für die Anwendung des Art. 23 Abs. 2 ist die Feststellung eines Bedürfnisses nach der Anordnung vorläufiger Maßregeln erforderlich. Darüber ob ein solches vorliegt, ist konkret zu entscheiden.

3. KGJ. 32 A 23, ZIPR. 16 325, R. 06 1265 (3082). Das Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts seine Zuständigkeit einschränken oder die Anwendung ausländischen Rechtes gebieten. Die Unterlassung dieser Prüfung enthält eine Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung der auf ihr beruhenden Anordnungen erforderlich macht. — Die Grundsätze des internationalen Privatrechts im EG. sind auch auf das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten untereinander entsprechend anzuwenden. Enthalten die Landesgesetze in den ihnen vorbehaltenen Materien keine entsprechenden Sondervorschriften, so gelten jene Grundsätze auch für diese Gebiete.

4. RG. R. 06 1083 (2517), NaumburgAK. 06 77, ZBlFG. 7 390 (310). Nach Art. 23 EG. kann ein in Preußen sich aufhaltender Ausländer nach Maßgabe des PrFürsErzG. v. 2. 7. 00 der Fürsorgeerziehung überwiesen werden, wenn der Staat, dem der Ausländer angehört, die Fürsorge nicht übernimmt. Das preußische Vormundschaftsgericht kann bis zur Feststellung jener Voraussetzungen

gemäß § 5 FürsErzG. die vorläufige Unterbringung des minderjährigen Ausländers anordnen. Gleiches hat zu gelten, wenn der in Preußen sich aufhaltende Minderjährige zwar nicht Ausländer ist, aber doch einem anderen Bundesstaat angehört.

Art. 24. S. zu Artt. 24, 56. 1. *Neumeyer, SeuffBl. **06** 333 ff. Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Mecklenburg-Schwerin, Braunschweig haben mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Baden mit der Schweiz fortdauernd gültige Verträge geschlossen, welche in Abweichung von Artt. 24, 25 EG. die Erbfolge der lex rei sitae, d. h. dem Rechte des Landes, in dem sich der Gegenstand der Erbschaft befindet, unterwerfen. Als solche gilt für Mobilien der Wohnsitz des Erblassers. Die Verträge sind nach Art. 56 EG. in Geltung geblieben. Verträge des Deutschen Reichs mit Griechenland 1881, Serbien 1882, Japan 1896 haben dagegen Recht und Gericht im Heimatland des Erblassers für zuständig erklärt, Erbschaftsstreitigkeiten zu schlichten, wenn entweder der Erblasser oder einer der Erben Staatsangehöriger eines der Vertragsteile ist. Die Aufhebung dieser Bestimmungen wäre erwünscht. S. IDR. **3** Art. 24 EG.

2. *Neumeyer, ZStW. **27** 46. Die deutschen Vorschriften über Erbunwürdigkeit gelten territorial.

Art. 25. S. zu Artt. 24, 27, 200. 1. **RG. 63** 356 ff., JW. **06** 450 Ziff. 6, R. **06** 1141 (2657), ZBlFG. **7** 210 (161). Nach Satz 1 Art. 25 EG. wird ein Ausländer, der z. Z. seines Todes seinen Wohnsitz im Inland hatte, nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte. Ausländer, die nach den hiernach maßgebenden Gesetzen nicht zur Erbfolge berufen sind, kommen als gesetzliche Erben nicht in Betracht. Für Deutsche macht das Gesetz eine Ausnahme. Nach Satz 2 kann ein Deutscher erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Art. 25 bestimmt nicht, daß, wenn ein Deutscher nach deutschem Gesetz einen erbrechtlichen Anspruch erhebt, der Erblasser nach den deutschen Gesetzen beerbt wird, so daß auch Ausländer Ansprüche nach den deutschen Gesetzen erheben könnten. Art. 25 behält vielmehr die Befugnis, im deutschen Rechte begründete Ansprüche zu erheben, den Deutschen vor. Wenn Ausländer nach den Gesetzen des Staates, dem der Erblasser angehörte, nicht erbberechtigt sind, das deutsche Recht ihnen die Befugnis, auf die deutschen Gesetze Ansprüche zu gründen, nicht einräumt, so sind sie zur Erbfolge überhaupt nicht berufen.

2. HansGZ. **06** Beibl. 281 (Hamburg). Der Angehörige eines Staates außerhalb Deutschlands wird nach Art. 25 EG. nach dem auswärtigen Recht beerbt, doch kann ein Deutscher Erbansprüche an seinem Nachlaß nach deutschem Rechte geltend machen, es sei denn, daß in jenem Staate Deutsche nur nach dem Rechte ihrer Heimat beerbt werden. Vgl. zu Art. 200.

3. ZBlFG. **7** 526 (Dresden). Das inländische Wohnortsgericht kann als Nachlaßgericht einen Erbschein über den Nachlaß eines im Inlande wohnhaft gewesenen und dort verstorbenen österreichischen Staatsangehörigen ausstellen.

Art. 27. I. Literatur. 1. *Klein, Abhandlungen aus dem Internationalen Privatrechte, I.: Die Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Privatrechte, ABürgR. **27** 252—282. a) Bis zur einheitlichen Kodifikation des Internationalprivatrechts durch Staatsverträge gehen die zwischenstaatlichen Rechtsgrundsätze der einzelnen Staaten auseinander. Muß darum der Richter, wenn die nach unserer Kollisionsnorm maßgebende lex a in ihren Kollisionsnormen auf lex b weiter- oder auf unser Gesetz zurückverweist, lex b oder unser Recht anwenden? (252—256). b) Die korrekte Durchführung des Prinzips der Rück- und Weiterverweisung führt zu fast unüberwindlichen Schwierigkeiten: α. Richtige Handhabung des ausländischen ordre public. β. Richtige Handhabung der aus-

ländischen Retorsionsbestimmungen. (256—259). — Die Rück- und Weiterverweisung ist zu verwerfen, a) denn sie führt nicht zu dem von ihren Verteidigern angestrebten Ziele, daß die Rechtsprechung unserer Gerichte mit der der betreffenden Auslandsstaaten uniform ist (265); b) sie widerspricht dem Wesen und den Zwecken der einzelstaatlichen Internationalprivatrechte (268—280). — Ausdrückliche innerstaatliche und überstaatliche Rück- und Weiterverweisungsklauseln sind (als Kunstfehler) strikt zu interpretiren. — Gegen überstaatliche Rück- und Weiterverweisungsklauseln spricht speziell noch folgendes: a) Sie bieten eine Hintertüre für eine Umgehung der Konventionen, indem sie es jedem der Vertragsstaaten ermöglichen, auch in Zukunft — ohne vertragsuntreu zu werden — durch neue Rückverweisungsklauseln den Erfolg der Konventionen herabzumindern. b) Sie mindern die Vorteile, welche das einzelstaatliche materielle Recht aus der Internationalrechtspflege (Rechtsvergleichung) ziehen kann, indem sie zur Selbstgenügsamkeit mit dem im eigenen Staate Erreichten führen.

2. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht: a) Weiterverweisung ist nicht zuzulassen (13, 41). b) Wegen der Entmündigungsvoraussetzungen verweist das englische Recht bei Geisteskrankheit auf das Wohnsitzrecht zurück, nicht aber bei Verschwendung und Trunksucht (44—50). c) Der Grundsatz der Rückverweisung ist nicht nur bei den ausdrücklich einzeln bezeichneten Fällen zur Geltung zu bringen (129, 184).

II. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 24, 25. RheinA. **102** I 155 (Cöln). Art. 3 Abs. 2 Code civil wird nach festem französischen Gerichtsgebrauche dahin ausgelegt, daß für die Beerbung eines Franzosen in Immobilien, die er im Auslande hinterlassen hat, die ausländischen Gesetze, also diejenigen der belegenen Sache, maßgebend seien. Der Code civil enthält also in betreff des ausländischen unbeweglichen Nachlasses eines Franzosen eine sog. Rückverweisung. Diese hat aber im Art. 27 EG. nur für den Fall in Deutschland Anerkennung gefunden, daß der Ausländer zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte. Zu einer analogen Ausdehnung der Vorschrift für den Fall, daß ein Ausländer zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Auslande hatte, besteht kein Grund.

Art. 28. Literatur: Masur, Zur Anführung des Art. 27 EG. im Art. 28 EG., ZIPR. **16** 205.

Art. 29. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht: Ob jemand einem Staate angehört, beurteilt sich nach dem Rechte dieses Staates (16 f.). Ob jemand an einem bestimmten Orte seinen Wohnsitz hat, ist allein an der Hand der deutschen Vorschriften zu entscheiden; nur für die Frage der Fähigkeit, einen Wohnsitz zu erwerben, kommt das Heimatrecht der Person oder, falls ein solches nicht feststeht, das Recht des Ortes in Betracht, an welchem der Wohnsitz gerade begründet sein soll (24—30).

Art. 30. S. zu Art. 8. SeuffA. **61** 463 ff., BayObLG. **6** 540, ZIPR. **16** 286 (BayObLG.). Der Art. 30 EG. ist auf Rechtsverhältnisse aus der Zeit vor 1900 unanwendbar. Eine unter dem früheren Rechte in Übereinstimmung mit dessen Vorschriften aufgelöste Ehe kann daher nicht wieder aufleben. (Wirksamkeit eines islamitischen Scheidebriefs gegenüber einer Deutschen.) S. IDR. **4** EG. Art. 30 Ziff. 2.

Anhang. Einzelne Entscheidungen aus dem Internationalen Privatrecht (Prozeßrecht, Recht der Schuldverhältnisse).

1. **RG.** IW. **06** 452. Wenn sich die Parteien durch Vertrag dem deutschen Gericht unterworfen haben, so ist anzunehmen, daß sie ihre Rechtsverhältnisse

nach dem deutschen Rechte beurteilt haben wollen. Dies ist irrevisible Willensfeststellung.

2. **RG.** BadRpr. **06** 12. Die Verjährung wird auch durch Streitverkündung in einem ausländischen Prozeß unterbrochen, falls diese den wesentlichen Voraussetzungen der deutschrechtlichen Streitverkündung entspricht.

3. ZIPR. **16** 331, R. **06** 379 (951) (Hamm). Die Übertragung einer Forderung, insbesondere wegen ihrer Wirkungen auf das Verhältnis zum Schuldner, ist nach dem für das abgetretene Recht selbst maßgebenden Gesetze zu beurteilen. Ein in Holland von zwei dort wohnenden Vertragsgenossen auf holländischem Gebiete geschlossener und dort zu erfüllender Werkvertrag untersteht dem holländischen Recht. Nach diesem ist auch die hier streitige Frage, ob die nach der Abtretung an den ursprünglichen Gläubiger geleistete Zahlung den Schuldner befreit, von dem deutschen Richter zu entscheiden. S. auch § 398 Ziff. 6a.

4. OLG. **13** 41 (Hamburg). Bei einem zwischen Personen von verschiedener Staatsangehörigkeit geschlossenen Frachtvertrage bestimmt sich die Beurteilung der Frachtforderung bei vorzeitiger Löschung der Ladung in einem anderen als dem Bestimmungshafen nach dem am Wohnort oder der Handelsniederlassung des Schuldners geltenden Rechte.

5. OLG. **13** 53 (Hamburg). Das beklagte Schiff ist in einem holländischen Gewässer in Not geraten, der Vertrag auf Rettung aus dieser Not in einem holländischen Hafen geschlossen und das Schiff nach einem anderen holländischen Hafen verbracht worden. Für die Beurteilung der Bergung ist ausländisches (holländisches) Recht anzuwenden, wenn sich auch die Parteien auf ein deutsches Strandamt als Schiedsgericht geeinigt haben.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. 1. **RG. 63** 346 ff., JW. **06** 454. Aus Art. 32 Satz 2 EG. ist als allgemeine Regel über das Verhältnis des BGB. zu den früher erlassenen Reichsgesetzen zu folgern, daß dieses Verhältnis im wesentlichen so zu behandeln ist, wie wenn die Vorschriften der bisherigen Reichsgesetze und die Vorschriften des BGB. und des EG. in einem und demselben Gesetz enthalten wären. Von diesem Gesichtspunkt aus kann aber die Bestimmung des § 1 AbzG. v. 16. 5. 1894, daß unter den dort angegebenen Voraussetzungen die empfangenen Leistungen von jedem Teile dem anderen zurückzugewähren sind, dann keine Anwendung finden, wenn die Vorschriften der §§ 138, 817 Satz 2 BGB. beim Vorliegen der drei bestimmten Voraussetzungen der Rückforderung einer solchen Leistung entgegenstehen. Denn es liegt offenbar im Sinne des BGB., daß die Geltung dieser im allgemeinen als prohibitiv erkannten Vorschriften sich auch auf solche Rechtsgeschäfte erstrecken soll, die nur in einzelnen rechtlichen Beziehungen durch ein Spezialgesetz geregelt, im übrigen aber nach den Grundsätzen des gemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurteilen sind.

2. DJZ. **06** 209 (Rostock). Der Anwendung der Vorschriften des BGB. über die Anfechtung von Rechtsgeschäften mit der Wirkung, daß diese als von Anfang an nichtig anzusehen sind, stehen die nach Art. 32 EG. in Kraft gebliebenen Vorschriften und Grundsätze des Wechselrechts entgegen. Insbesondere ist aus den Artt. 74, 82 WO. zu folgern, daß der gutgläubige Wechselerwerber mit dem Eigentum auch unanfechtbares Gläubigerrecht aus dem Wechsel erwirbt und die Anfechtung der Wechselerklärung gegen ihn wegen Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen ist, gleichgültig, ob diese ihren Grund in einem Irrtum oder einer widerrechtlichen Beeinflussung des Willens hat.

Art. 33. I. Literatur. Müller, SeuffBl. **06** 541 ff. (s. zu Art. 4), führt aus, daß Art. 33 EG. nur eine authentische Interpretation des Art. 4 EG. enthält und nichts anderes sagt, als daß unter Verwandten und Verschwägerten im Sinne der RStPO. jene Personen zu verstehen sind, die nach den Bestimmungen des BGB. Verwandte oder Verschwägerte sind oder als solche gelten. Daraus ist auch zu schließen, daß auch unter Ehegatten im Sinne der StPO. nur die Personen zu verstehen sind, welche nach den Bestimmungen des BGB. Ehegatten sind oder als solche gelten. Aus Artt. 4 und 33 EG. ergibt sich im ganzen nur, daß eine nach § 1324 Abs. 1 BGB. nichtige Ehe auch für das Strafrecht und Strafprozeßrecht als nicht vorhanden anzusehen ist, weil eine Ehe, bei deren Schließung die Form des § 1317 BGB. nicht beobachtet ist, für das Recht begrifflich nicht vorhanden ist und es in diesem Fall einer Nichtigkeitserklärung nicht bedarf.

II. Rechtsprechung. **RG. 63** 92 ff., JW. **06** 345, SchlHolstAnz. **06** 178. Im § 3 Nr. 2 b AnfG. v. 21. 7. 1879 ist unter dem Ehegatten des Schuldner auch sein früherer (verstorbener, für tot erklärter, geschiedener) Ehegatte zu verstehen. Dies ergibt sich aus Art. 33 EGBGB., wonach der Auslegung der Worte „Verwandte des Ehegatten", der Schwägerschaftsbegriff des BGB. (§ 1590 Abs. 2) zugrunde zu legen ist. Der Wille des Gesetzgebers, diese sachliche Erweiterung des Anfechtungsrechts durch Art. 33 EG. herbeizuführen, ist unzweifelhaft.

Art. 34. Liedtke, Das Privatklagerecht des Vaters bei Beleidigungen und Körperverletzungen minderjähriger Kinder, JW. **06** 185, führt gegen Löwenstein, DJZ. **02** 364 ff., **04** 399 ff., aus, daß der Vater heute aus eigenem Rechte nicht mehr für sein minderjähriges Kind Privatklage erheben kann. Denn der § 195 StGB. ist durch Art. 34 EG. als überflüssig beseitigt (Mot. z. EG. 126 ff.). S. IDR. **3** Art. 34 EG.

Art. 41. *Nadelhoffer 23 ff. (gegen Sartorius). Die Minderjährigkeit und die gesetzliche Vertretungsmacht richten sich bei der Naturalisation nach dem bisherigen, d. h. dem ausländischen Recht.

Art. 42. S. zu Art. 105. 1. Literatur: Eger, RHaftpflG. v. 7. 6. 1871 in der Fassung des Art. 42 EG. und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. (6) 1906.

2. Dronke, EisenbE. **21** Heft 3, 4, ist der Ansicht, daß § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 1838 für den Begriff und Umfang der eigenen Schuld des Unternehmers einer Eisenbahn stillschweigend das allgemeine bürgerliche Recht gelten läßt und deshalb jetzt nach Art. 4 EG. die bestehenden allgemeinen Vorschriften des BGB. maßgebend sind, weil sonst Begriff und Umfang des eigenen Verschuldens des Beschädigten, also dieselben Rechtsbegriffe nach dem Eisenbahngesetz anders als nach dem Haftpflichtgesetz zu bestimmen sind. Die Wirkung (nicht auch der Begriff) des eigenen Verschuldens ist im Bereiche des Eisenbahngesetzes aber nach diesem selbst, im Bereiche des Haftpflichtgesetzes dagegen nach § 254 BGB. zu bestimmen.

Artt. 52, 53. S. zu Artt. 67, 192 ff. **RG. 61** 227, 228, ZBergr. **46** 530, JW. **05** 123. Die Überleitung der Hypotheken und Grundschulden, die am 1. 1. 00 bereits bestanden, in die Belastungsformen des BGB. nach den Artt. 192 ff. EG. hat zur Folge, daß dem Gläubiger einer übergeleiteten Hypothek oder Grundschuld alle Rechte zustehen, die einer nach dem 1. 1. 00 begründeten Hypothek oder Grundschuld gebühren, mag sich dadurch die nach dem bisherigen Rechte entstandene Rechtslage des Gläubigers verbessern oder verschlechtern (**RG. 47** 158 ff., JW. **02** 122). Dem Gläubiger kann daher nicht versagt werden, daß er die ihm durch die Artt. 52, 53 gewährten Rechte seit

dem 1. 1. 00 ausübt, wenn die Voraussetzung vorliegt, daß ihm eine besondere Entschädigung gewährt wird. Nach § 148 PrAllgBergG. in der Fassung des Art. 37 Nr. XI PrAGBGB. wird den Hypothekengrundschuld- und Rentenschuldgläubigern eine besondere Entschädigung nicht gewährt. Damit aber ist für Preußen und das dort geltende Bergrecht die Voraussetzung der Anwendung der Artt. 52, 53 EGBGB. gegeben. Der dritte Berechtigte hat an dem Entschädigungsanspruche des geschädigten Eigentümers dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen. Der entschädigungspflichtige Bergwerksbesitzer hat bei der Zahlung der Entschädigungssumme die Vorschriften des Art. 53 EG. und die darin erwähnten des BGB. zu beachten, um sich von der Zahlungspflicht zu befreien.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. S. zu Artt. 75, 86. 1. **RG. 62** 33. Dem Art. 55 gegenüber kann nur mehr der öffentlich-rechtliche Inhalt der Bestimmungen des 3. Abschnitts Teil II Titel 15 ALR. §§ 80—190 in Betracht kommen (Müller-Crusen, PrAGBGB. 774). Demgemäß kann unter der Herrschaft des BGB. auch auf die Bestimmungen der §§ 138, 139 ALR. II. 15 eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht nicht gegründet werden.

2. HansGZ. **06** Hauptbl. 78 (Hamburg). Die Bestimmung des § 16 Brem. HafenO. v. 14. 10. 1888, nach welcher im Hafen gesunkene Fahrzeuge auf Kosten des Eigentümers entfernt werden, ist durch Art. 55 EGBGB. außer Kraft gesetzt.

3. KGJ. **31** A 290. Die Vorschrift des § 42 II. 19 ALR. gehört dem öffentlichen Rechte an und ist durch das BGB. nicht beseitigt worden.

Art. 56. S. auch zu Art. 24. *Neumeyer, SeuffBl. **06** 333 ff. Partikuläre Staatsverträge über Internationales Privatrecht gelten für den Bundesstaat, der den Vertrag abgeschlossen, aber nicht für die übrigen Bundesstaaten; sie gelten für das Reich, wenn es eine Angelegenheit als Landessache dieses Bundesstaats zu behandeln hat, aber nicht in anderen Fällen. Widersprechende Verträge des Reiches aus der Zeit vor 1900 haben den Vorrang, jüngere Verträge schwerlich. Bei der so geschaffenen Rechtsverschiedenheit werden Übergriffe des Rechtes eines Bundesstaats in den Rechtszustand eines anderen durch verschiedene Umstände möglich, insbesondere dadurch, daß jedes deutsche Gericht Gerichtsgewalt über das ganze Reich besitzt.

Art. 57. *Neumeyer, DJZ. **05** 494 f. Hat ein Rechtsverhältnis Beziehungen sowohl zum Privatfürstenrecht als zum gemeinen Rechte, so hat das Privatfürstenrecht dabei nicht den Vorrang, sondern es entscheidet der „Sitz des Rechtsverhältnisses", in entsprechender Anwendung der Ergebnisse, zu welchen das Internationale Privatrecht hinsichtlich der entscheidenden Beziehung des Rechtsverhältnisses gelangt ist. S. JDR. **4** EG. Art. 57.

Art. 59. **RG.** SeuffA. **06** 62, R. **06** 1141 (2658). Nur dauernde fruchttragende Sachen sind geeignet, den Gegenstand eines deutschrechtlichen Familienfideikommisses zu bilden; andere Sachen, z. B. Bilder, Kleinodien, können nur als Partiemengen eines Familienfideikommisses in Betracht kommen.

Art. 64. BraunschwZ. **53** 6. Die Berechnung des Pflichtteils an einem ein Bauerngut umfassenden Nachlaß erfolgt auch nach dem 1. 1. 1900 nach dem früher geltenden braunschweigischen Bauernrecht.

Art. 65. HansGZ. **06** Beibl. 293 ff. (Hamburg). Die Fragen, welche sich daraus ergeben, wenn ein bisher im Privateigentum stehendes Grundstück von einem öffentlichen Gewässer überflutet wird, gehört dem Wasserrecht und damit

einer Materie an, für welche durch Art. 65 EG. die bisherigen Landesgesetze aufrecht erhalten sind.

Art. 67. R. **06** 1321 (3212) (BayObLG.). Bergwerksgesellschaften, die schon vor dem 1. 7. 1869 in der bayerischen Rheinpfalz bestanden haben, sind rechtsfähig und können unter ihrem Namen Grundstücke erwerben. (Art. 157 BayAG., Art. 237 (273) BayBergG. v. 20. 3. 1869 / 30. 6. 00, Artt. 8, 32 Franz. BergwerksG., Art. 529 Code civil.)

Art. 69. 1. MecklZ. **25** 35 (Rostock). Das landesherrliche Jagdrecht an einem Lehnsschulzengute gehört zu den öffentlichen Grundstückslasten im Sinne des § 83 Meckl.-Strel. AusfVO. z. BGB. und bedarf nicht der Eintragung ins Grundbuch.

2. OLG. **13** 382 (KG.). Die rechtliche Natur des Jagdrechts ist nach Landesrecht zu beurteilen, da das BGB. nach EG. Art. 69, 3 die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd, abgesehen von der Regelung des Aneignungsrechts im § 958 BGB. und des Wildschadengesetzes, unberührt gelassen hat. Vorausgesetzt ist nur, daß im Rahmen des Vorbehaltes der Landesgesetze positive Vorschriften bestehen oder noch erlassen werden (**RG. 53** 4). Wenn aber Art. 69 die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd unberührt läßt, so hat das BGB. dadurch keinesfalls seinen grundlegenden Satz über den Verkehr mit Grundstücken beeinträchtigen lassen wollen.

Art. 75. KGJ. **32** A 220 ff. Im Gebiete des ehemaligen Herzogtums Nassau ist das Verbot, Grundstücke, deren Gebäude nicht bei der Nassauischen Brandversicherungsanstalt in Wiesbaden versichert sind, mit Hypotheken zu belasten, auch unter der Herrschaft des BGB. noch in Geltung und zwar sowohl gemäß Art. 75 EG., weil das Verbot dem Versicherungsrecht angehört, als auch gemäß Art. 55, weil die Vorschrift öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Art. 77. I. Literatur. v. Schelhorn, Die Amtshaftpflicht gegenüber Dritten nach deutschem und bayerischem bürgerlichen Rechte, HirthsAnn. **06** 439 ff., führt 447, 449, 450 aus, daß Art. 77 EG. (u. Art. 60 BayAGBGB.) sich nur auf Beamte im staatsrechtlichen und allgemeinen Sinne, nicht aber z. B. auf Schöffen und Geschworene bezieht und daß das Landesrecht befugt ist, die Haftpflicht nur der Angestellten der Gemeinden und gemeindeartigen Selbstverwaltungskörper, nicht aller juristischer Personen des öffentlichen Rechtes, zu regeln. Andere sind nicht als Beamte anzusehen.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 63** 431, PuceltsZ. **06** 655. Artt. 1382, 1383 Code civil sind durch Art. 89 Ziff. 2 PrAGBGB. v. 20. 9. 99 (abgesehen von der Frage der Irrevisibilität dieser Bestimmung) vollständig aufgehoben worden und auch im Gebiete des öffentlichen Rechtes nicht mehr in Geltung. Die §§ 88, 90 ALR. II. 10, welche durch den auch die Ansprüche des Staates gegen Staatsbeamte auf Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht den Beamten gegenüber betreffenden Art. 77 EG. aufrecht erhalten sind, gelten in dem früher französisch-rechtlichen Teile der preußischen Rheinprovinz nicht. Der Staatsbeamte haftet daher in diesem Teile des Staatsgebiets dem Staate für den aus einer Verletzung seiner Dienstpflichten entstehenden Schaden nach den Bestimmungen des BGB. über die Schadensersatzpflicht.

2. RheinA. **102** I 73 ff. (Cöln). Dem Staate steht aus der fahrlässigen Verletzung der Dienstpflicht eines Beamten, welche einen Vermögensschaden — nicht Sachschaden — des Fiskus zur Folge hat, im früheren Gebiete des rheinisch-französischen Rechtes kein Anspruch auf Entschädigung gegenüber dem Beamten zu (Art. 1384 Code civil).

3. RheinA. **102** I 102, PuceltsZ. **06** 81 (Cöln). Ist durch eine mangelhafte Instandhaltung einer öffentlichen städtischen Straße ein Schaden entstanden, so

haftet die Stadtgemeinde nach Art. 77 EGBGB., § 89 [2] PrAGBGB. und Art. 1384 Code civil als préposé der städtischen Polizeiorgane, wenn durch deren Verschulden dem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Stadtgemeinde nicht rechtzeitig von dem gefährlichen Zustande der Straße Mitteilung gemacht worden ist. AM. OLG. Cöln, RheinA. das. 208, 209 (Die privatrechtlichen Vorschriften des BGB. §§ 675, 676 über den Dienstvertrag finden auch auf die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Beamten zur sorgfältigen Ausübung seiner dienstlichen Verpflichtung entsprechend Anwendung). S. IDR. **3** EG. Art. 77 Ziff. 2 i.

4. RheinA. **102** I 26 (Cöln). Art. 1384 Code civil findet, obwohl er gemäß Art. 77 EG. noch unter der Herrschaft des BGB. in der Rheinprovinz fortdauert, nach dem 1. 1. 00 keine Anwendung auf Versehen, welche ein Straßenmeister bei der Verwaltung und Beaufsichtigung der Provinzialstraße begeht.

Art. 84. OLG. **12** 438, R. **06** 1141 (2659) (KG.). Neben der durch die Reichsgesetzgebung gewährten Freiheit in der Bildung von GmbH. bestehen die durch die preußische Landesverfassung geschaffenen Beschränkungen der Religions- und geistlichen Gesellschaften fort. Die Gründung einer GmbH. durch Mitglieder der „Genossenschaft der Armen Brüder vom hl. Franziskus", welche keine juristische Persönlichkeit besitzt, ist wegen Umgehung des Art. 13 PrVerf. Urk. nichtig.

Art. 86. S. zu Art. 87. 1. KG., RIA. **7** 97, R **06** 959 (2330), OLG. **12** 354, R. **06** 754 (1809). Durch Art. 86 EG., Artt. 6, 7 PrAG. BGB. sind §§ 1922, 1942 Abs. 1 BGB. an sich unberührt geblieben. Für Erbschaften im Werte von 5000 M. und weniger gestattet Art. 86 Satz 1 EG. Abweichung vom BGB. überhaupt nicht und es besteht auch sonst keine reichsgesetzliche Vorschrift, wonach eine Erbschaft im Werte von nicht über 5000 M. nicht ohne weiteres kraft Gesetzes mit des Erblassers Tode auf die als Erbin berufene juristische Person überginge. Aber auch für größere Erbschaften kann der Übergang auf die juristische Person (der Anfall der Erbschaft) durch Landesgesetz nicht abweichend von den Bestimmungen des BGB. geregelt werden. Es finden daher die allgemeinen Vorschriften über den Anfall der Erbschaft mit der Maßgabe Anwendung, daß im Falle der Verweigerung der zu dem Erwerb erforderlichen staatlichen Genehmigung der Anfall als nicht erfolgt gilt, wie wenn die juristische Person nicht vorhanden gewesen wäre.

2. KG., KGI. **31** A 289, R. **06** 1083 (2518). Eine unter der Verwaltung und Aufsicht katholisch-kirchlicher Organe stehende Wohltätigkeitsanstalt erlangt durch die staatliche Genehmigung ihrer Satzung die Rechte einer juristischen Person. Zum Erwerbe des nach Inhalt der Satzung für ihre Zwecke bestimmten Grundstücks bedarf die Anstalt einer weiteren Genehmigung durch den König oder die staatliche Aufsichtsbehörde.

Art. 87. S. zu Art. 86. Dennler, BayNotZ. **06** 226 ff. Der Erbschaftsanfall an die geistlichen Gesellschaften erfolgt sofort, er ist nur durch die Verweigerung der staatlichen Genehmigung auflösend bedingt. Die als Erbin berufene geistliche Gesellschaft wird demnach mit dem Tode des Erblassers Erbin, die Erbschaft geht kraft Gesetzes auf sie über, fällt ihr an; tritt die auflösende Bedingung (die Verweigerung der Genehmigung) nicht ein, so bleibt sie Erbin, wie wenn der Erbfall nach der Genehmigung eingetreten wäre; wird die Genehmigung verweigert, so gilt der Anfall als nicht erfolgt, wie wenn die juristische Person nicht vorhanden gewesen wäre.

Art. 89. **RG.** R. **06** 1434 (3405). Nach §§ 25 ff. BGB. u. Art. 89 EGBGB. ist dem Landesrechte daneben insoweit Raum verstattet, als es aus

besonderen Gründen reichsgesetzliche, die Vereinsverfassung betreffende Bestimmungen außer Kraft setzen kann.

Art. 95. Literatur: Hedemann, Zur Reform des Gesinderechts, DJZ. **06** 1338 ff.

Art. 96. RG. SeuffA. **61** 64. Nach den Vorschriften des gemeinen Meierrechts, sowie des gemeinen bürgerlichen Rechtes ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Zurückbehaltung durch die besondere Natur des Altenteilsvertrages ausgeschlossen. S. JDR. **4** EG. Art. 96 Ziff. 3.

Art. 105. S. zu Art. 42. 1. RG. **63** 270 ff. § 25 PrEisenbUntG. v. 3. 11. 1838 ist durch Art. 105 EG. gegenüber Art. 55 EG., soweit er sich auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers für die Beschädigung von Sachen bezieht, aufrecht erhalten. Die Frage, wann eine solche Haftung nicht eintritt, ist aber, da das PrG. von 1838 für den ganzen Umfang der preußischen Monarchie gelten und seine Anwendung als lex specialis eine einheitliche sein sollte, nur auf Grund dieses Gesetzes selbst, nicht unter Heranziehung anderer landesgesetzlicher Bestimmungen und des BGB. zu entscheiden.

2. RG. JW. **06** 376. Art. 105 EG. läßt in Verbindung mit Art. 3 EG. landesgesetzliche Vorschriften zu, nach welchen der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebes für den aus dem Betrieb entstehenden Schaden in weiterem Umfang als nach den Vorschriften des BGB. haftet (AnhaltAGBGB. Art. 29). — Die Haftung für Schäden aus dem Betrieb ist aber mindestens nicht enger als die Haftung für Schäden, die bei dem Betrieb entstanden sind.

3. OLG. Cöln, RheinA. **102** I 253 (ebenso RG. JW. **06** 382, DJZ. **06** 821, 822). Auf den Begriff und die Wirkungen des eigenen Verschuldens des Verletzten im Sinne des § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 1838 sind die allgemeinen Vorschriften des BGB., insbesondere § 254 BGB. nicht anwendbar. Dies ist auch nicht aus Artt. 42, 105 EG. zu folgern.

Art. 113. *Keiner, Die nassauische Güterkonsolidation unter dem Grundbuchrecht, Festschrift der Juristischen Gesellschaft in Frankfurt a. M. für OLG. Präs. Dr. Hagens, 25 ff., behandelt die durch das PrG. v. 4. 8. 04 (GS. 191) bewirkte Anpassung des im ehemaligen Herzogtum Nassau geltenden Rechtes der Güterkonsolidation (Grundstückszusammenlegung) an das Reichsgrundbuchrecht, gibt zunächst eine Übersicht über das bisherige Recht der nassauischen Güterkonsolidation, erörtert seinen Zusammenhang mit dem bisherigen partikulären Grundbuchrecht von Nassau (dem sog. Stockbuchrecht) und stellt sodann die einschneidenden Rechtsänderungen dar, die das in Nassau durch die VO. v. 11. 12. 99 (GS. 595) eingeführte Reichsgrundbuchrecht zur Folge haben mußte. Diese machten die in dem Gesetz v. 4. 8. 04 enthaltene besondere gesetzliche Regelung notwendig. Die Grundstückszusammenlegung ist danach auch gegenwärtig noch in Nassau abweichend vom altländischen Zusammenlegungsverfahren geordnet, schließt sich aber in mannigfacher Beziehung an dieses an. Näher behandelt ist die Vollstreckbarkeitserklärung, durch die der neue Plan mit der Wirkung des Eigentumsüberganges an den Abfindungsgrundstücken in Kraft gesetzt wird, die sog. Surrogateigenschaft der Abfindungsgrundstücke, das Wesen und die Form der Grundbuchberichtigung und die rechtliche Bedeutung der Kapitalabfindung sowie die hierbei vorkommende Sicherung des Abfindungsberechtigten und dritter an der Abfindung berechtigter Personen durch eine Hypothek, die auf Grund des in den Artt. 113, 218 EGBGB. enthaltenen Vorbehalts mehrfach abweichend von dem Rechte der Hypothek nach dem BGB. und der GBO. gestaltet ist.

Art. 115. 1. RG. PosMschr. **06** 111, R. **06** 1377 (3299). Ist die Ablösung einer Geldrente von der Zustimmung eines Dritten (der Ansiedelungs-

kommission) abhängig gemacht, so verbietet sich die Eintragung der Rente ins Grundbuch.

2. **RG. 63** 129. § 43 I. 22 ALR., wonach Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung erlöschen, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen getroffen werden, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, ist für die nicht eingetragenen Grundgerechtigkeiten des alten Rechtes bestehen geblieben.

Art. 120. SeuffA. **61** 195, R. **06** 1136, 1141 (2608, 2660), HansGZ. **06** Beibl. 104 ff. (Hamburg). Bei Aufgabe eines mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechtes ist ein Unschädlichkeitszeugnis unzulässig. Diese Vorschrift bezieht sich auch nur auf die Veräußerung eines Teiles im gewöhnlichen Sinne des Wortes und nicht auf die Veräußerung eines mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Rechtes.

Art. 124. S. zu Art. 184. **RG. 63** 6 ff., BadRpr. **06** 148 ff., JW. **06** 221, R. **06** 622 (1504). Das Recht der mitoyenneté, der Gemeinschaftlichkeit von Scheidemauern des französischen Rechtes und der Verpflichtung des Nachbarn zur Vergütung der Hälfte der Kosten der Mauer, ist durch Einführung der Reichsgesetzgebung nicht von selbst weggefallen. Solche Rechte bleiben nach Art. 184 EGBGB. mit ihrem bisherigen Inhalte bestehen und dies gilt nach Art. 124 EG. auch für nachbarrechtliche Belastungen. Für Baden sind diese Vorschriften nicht durch die Landesgesetzgebung aufgehoben worden. Dies Urteil bestätigt OLG. Karlsruhe, BadRpr. **06** 137. S. JDR. **4** EG. Art. 124.

Art. 133. *Schmitt, BadRpr. **06** 202 ff., 214 ff., behandelt die grundsätzliche Stellung der dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude und anderer dem Gemeingebrauch gewidmeter Sachen im BGB., insbesondere das Nachbarrecht und die Verkehrsunfähigkeit, sowie die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung (§ 911 Abs. 2 BGB., Art. 133 EGBGB., Artt. 12, 21 BadAG.) und kommt zu dem Ergebnis, daß die Landesgesetzgebung nur dann eine absolute Verkehrsunfähigkeit der res publicae festsetzen kann, wenn und soweit ein besonderer privatrechtlicher Vorbehalt des EGBGB. dies gestattet. Ohne diesen Vorbehalt kann die Landesgesetzgebung nur die relative Verkehrsunfähigkeit der res publicae anordnen. — Die nachbarlichen Bestimmungen des BGB. finden auf die Beziehungen der dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude zu den Nachbargrundstücken grundsätzlich Anwendung, es sei denn, daß das Landesgesetz auf Grund des Art. 124 EG. oder auf Grund des Art. 55 aaO. durch Erlassung von Normen „rein polizeilichen Charakters" (Mot. III 259, Mugdan, Mat. III 143) eine Ausnahme macht.

Art. 134. S. zu Artt. 203, 208. 1. WürttZ. **06** 138 (Stuttgart) (amtliche Auskunft, mitgeteilt von Gmelin, Religiöse Erziehung des unehelichen Kindes, das.). Durch Art. 134 EG. sind die bisherigen Grundsätze des württ. Rechtes über die religiöse Kindererziehung, wonach die uneheliche Mutter, welche die Erziehungspflicht trifft, auch das Recht der Bestimmung der Religion hat, solange wenigstens das Kind nicht durch eine nachfolgende Ehe in die vollen Rechtsverhältnisse eines ehelichen tritt, aufrechterhalten.

2. **RG.** DJZ. **06** 202, JW. **06** 21; OLG. Stuttgart, WürttJ. **18** 179 ff. Nach Art. 134 EG. sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder in Kraft geblieben. Diese haben mithin zu bestimmen, wer von den Eltern die Entscheidung hat und ob, sowie unter welchen Voraussetzungen und Formen Verträge der Eltern hierüber zulässig und bindend sind. Nur soweit die Landesgesetze nichts enthalten, ist nach Art. 203 EG. das BGB. bestimmend. Demnach sind Verträge der Ehegatten über die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen zwar gestattet, müssen aber vor der

Obrigkeit geschlossen werden. Der Bruch eines solchen landesgesetzlich ungültigen Versprechens durch den Ehemann berechtigt die Ehefrau, von ihm getrennt zu leben.

3. **RG.** ZIPR. **16** 312, 320. Für die religiöse Kindererziehung eines im Gebiet des braunschweigischen Rechtes verheirateten und in Preußen verstorbenen preußischen Staatsangehörigen ist das preußische Recht entscheidend.

Art. 135. S. IDR. 3 u. 4. I. Literatur. **a)** Schmölder, DIZ. **06** 189 ff., wendet sich gegen die Ansicht des KG. (vgl. IDR. **4** EG. Art. 135, V Ziff. 2), daß die Überweisung an die Familie im Sinne des § 56 StGB. keine Maßregel von rechtlich bestimmtem Inhalt, sondern nur die Negative gegenüber der Unterbringung in eine Anstalt sei: Die Überweisung hält er vielmehr für die eine von zwei dem Strafrichter im § 56 zur Verfügung gestellten Maßnahmen und zwar für die mildere; jedenfalls aber muß sie als Ablehnung der Unterbringung in eine Anstalt aufgefaßt werden, so daß nicht der Vormundschaftsrichter „auf Grund der von dem Strafrichter festgestellten Tatsachen" durch Anordnung der Fürsorgeerziehung den Minderjährigen aus der Familie herausheben könne, der der Strafrichter ihn überwiesen habe. **b)** Dagegen Arlt, DIZ. **06** 1199. Der Vormundschaftsrichter hat nur dann ein Einschreiten zu unterlassen, wenn dies die auf Grund Reichsrechts erlassene Anordnung des Strafrichters kreuzen würde (Art. 135: „unbeschadet der §§ 55, 56 StGB."). Ein Konflikt ist im Falle des § 56 StGB. möglich, wenn der Strafrichter die Unterbringung in eine Anstalt angeordnet hat, nicht aber, wenn er ihn der Familie überwiesen hat, da dies nur negativer Natur ist.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **06** 1083 (2519), ZBlFG. **7** 390 (309). Eine landesgesetzliche Regelung der Zuständigkeit für die Anordnung der Zwangs- oder Fürsorgeerziehung ist ausgeschlossen, sie ist auch speziell im PrFürsErzG. nicht getroffen, und es muß davon ausgegangen werden, daß für jeden Angehörigen des Deutschen Reichs das zuständige Vormundschaftsgericht nach Vorschrift der §§ 35, 36, 43 FGG. zu bestimmen ist.

2. HansGZ. **06** Beibl. 11 (Hamburg). Die Landesgesetzgebung ist durch Art. 135 EG. nur, insofern als für die Zwangserziehung eine Anordnung der Vormundschaftsbehörde vorausgesetzt wird, gebunden, nicht aber z. B. in der Gestaltung des Beschwerderechts gegen den die Zwangserziehung anordnenden Beschluß.

3. BayObLG. **6** 648. Nach Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 BayZErzG. v. 10. 5. 02 genügt es, daß Verwahrlosung in der Entwickelung begriffen und völliges sittliches Verderben beim Unterbleiben von Gegenmaßregeln zu erwarten ist; die Zwangserziehung ist aber trotzdem ausgeschlossen, wenn die Annahme begründet ist, daß die erzieherische Tätigkeit der Eltern das sittliche Verderben verhüten werde.

4. FrankfRundsch. **39** 232 ff. (KG.). Für solche Fälle, in denen es an den erforderlichen Mitteln zur Durchführung der vormundschaftsgerichtlich angeordneten Erziehung des Mündels in einer Anstalt fehlt, ist die Fürsorgeerziehung das vom Gesetz gewollte Mittel. Bei einem 17jährigen, erwerbsfähigen Mädchen ist eine Unterstützungspflicht des Armenverbandes nicht gegeben.

5. **RG.** (Straff.) **38** 285, JW. **06** 261. Durch die Strafbestimmung des PrFürsErzG. wird die Überweisung auf Grund des § 56 Abs. 2 StGB. nicht gesichert.

6. **RG.** (Straff.) **38** 66. Mitwirkung der Frau bei Erziehung von Fürsorgezöglingen, die gemäß § 9 PrFürsErzG. v. 2. 7. 00 bei ihrem Ehemann untergebracht sind nur im Falle ihres Eintritts in die Vertragspflichten.

7. DIZ. **06** 322 (PrOVG.). Die vorläufige Unterbringung auf Grund des § 5 Abs. 1 PrFürsErzG. v. 2. 7. 00 kann wie die endgültige Fürsorge-

erziehung mit der Überführung in ein Krankenhaus beginnen, wenn der Gesundheitszustand des Minderjährigen Krankenhauspflege erfordert, und demnach auch durch Belassung in dem Krankenhause, in dem er sich bereits vorher befand, ausgeführt werden.

8. DJZ. **06** 1264 (BAH.). Nach §§ 14, 15 PrFürsErzG. trägt die Kosten der Überführung und ersten Ausstattung der Ortsarmenverband des Unterstützungswohnsitzes, unter Umständen der zur Unterbringung verpflichtete Kommunalverband, mit Erstattungsanspruch nur gegenüber dem Zögling oder dem diesem zivilrechtlich zum Unterhalt Verpflichteten; der Ortsarmenverband des Aufenthaltsorts hat nicht vorläufig einzutreten, ein Ersatzanspruch auf armenrechtlicher Grundlage nach §§ 34 ff. UWG. besteht nicht.

9. KGJ. **31** A 31 (KG.). Das KG. ist zuständig für die Entscheidung des Streites zweier im Bezirke verschiedener Oberlandesgerichte gelegenen Amtsgerichte über die Abgabe eines Fürsorgeerziehungsverfahrens (§§ 46 Abs. 2, 199 FGG., Art. 8 PrFürsErzG.). Das Fürsorgeerziehungsverfahren ist durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen.

10. R. **06** 319 (KG.). In Fürsorgeerziehungssachen findet nur sofortige weitere Beschwerde statt; dies gilt auch für Beschwerden gegen Beschlüsse des Amts- und Landgerichts, welche die Aufhebung der Fürsorgeerziehung vor Endigung der Minderjährigkeit betreffen.

11. KGJ. **31** C 54. Beihilfe im Sinne des § 21 PrFürsErzG.

Art. 136. S. JDR. **3**, **4**. I. Literatur. 1. *Fuchs, Rechtliche Stellung des Gegenvormundes 38 ff., 43 ff. Die Bestellung eines Gegenvormundes neben dem preußischen Anstaltsvormund und dem der übrigen Staaten mit Ausnahme Hessens, Württembergs und der beiden Reuß ist nichtig.

2. Klumker, ZSozWiss. **9** 145, erörtert die Entwickelung der Berufsvormundschaft in Deutschland: Nach Art. 136 sind gesetzliche Berufsvormundschaften zugelassen 1. über sämtliche uneheliche Kinder, 2. über die von öffentlichen Armenämtern verpflegten Kinder, 3. über Anstaltspfleglinge, die vom Anstaltsvorstand bevormundet werden. Die Entwickelung ist aber in diesem Rahmen nicht stehen geblieben, sondern es sind dem Bedürfnis entsprechend zur Ausfüllung der Gesetzeslücken weitere Berufsvormundschaften als Bestellungsberufsvormundschaften dadurch entstanden, daß Behörden nach freier Absprache mit dem Gericht einen Beamten als Berufsvormund mit den nötigen Hilfseinrichtungen anstellten, der für eine ganze Reihe (Hunderte) von Mündeln nacheinander bestellt wird (in Dortmund über sämtliche uneheliche Kinder bis zu 2 Jahren, ähnlich in Elsaß-Lothringen). Am rascheſten haben sich die Berufsvormundschaften der Armenbehörden ausgedehnt, in 54 Städten ist seit 1900 diese Einrichtung geschaffen, daneben 17 Bestellungsberufsvormundschaften. Vorzüge: rasche und sichere Eintreibung der Alimente, ärztliche Aufsicht, Berufsausbildung der Mündel usw. (Vgl. Grabowsky, PrVerwBl. **06** 233.)

3. Klumker und Spann, Die Bedeutung der Berufsvormundschaft für den Schutz der unehelichen Kinder 24 ff., erörtern auf statistischer Grundlage die Mängel der Einzelvormundschaft und Vorzüge und Aufgaben der Berufsvormundschaft. (Verhütung körperlicher Degeneration, Sicherung beruflicher Ausbildung; rationelle Auswahl der Pflegestelle und Kontrolle derselben, Anhalten der Väter zur Alimentenzahlung; Anleiten der Mütter oder Pflegemütter zu richtiger Erziehung, Verbrechensbekämpfung.)

4. Polligkeit, KrimPsychMschr. **3** 210 ff., erörtert die Bedeutung der Berufsvormundschaft im Kampfe gegen Verwahrlosung und Verbrechen, ihre Vorzüge bei Vorbereitung und Durchführung von Erziehungsverfahren, sowohl Verfahren nach § 1666 BGB., wie Fürsorgeerziehung (Gutachten des Berufsvor-

mundes mit Vorschlägen für die Ausführung der Fürsorgeerziehung) und ihre mögliche Verwendung im Strafverfahren gegen Jugendliche (als Organ zur Interessenwahrnehmung ähnlich wie im Erziehungsverfahren und als beratendes Organ in dem Verfahren), endlich ihre Wirksamkeit durch präventive Fürsorge.

II. Rechtsprechung. KG., RJA. **7** 10, ZBlFG. **7** 67, R. **06** 641 (1584), KGJ. **31** A 26. Unter dem Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungsanstalt, welchem die gesetzliche Vormundschaft über die in der Anstalt untergebrachten Minderjährigen zusteht, ist diejenige Person oder Personenmehrheit zu verstehen, der bestimmungsgemäß die Leitung der Anstalt in erzieherischer Hinsicht obliegt.

Art. 139. KG., RJA. **7** 16, KGJ. **31** A 68, R. **06** 643 (1588). Landesgesetzliche Vorschriften, nach welchen einer Armenanstalt, auch wenn sie selbständige juristische Persönlichkeit nicht besitzt, sondern einer Gemeinde gehört, ein Erbrecht an dem Nachlaß einer verpflegten Person zusteht, sind durch Art. 139 in vollem Umfang aufrecht erhalten worden (so § 50 II. 19 ALR.).

Art. 141. I. Literatur. *Fuchs, Ist die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen? R. **06** 473 ff., führt 478/480 aus, daß durch das RFGG. die Übertragung der Beurkundung von Rechtsgeschäften an die Gerichte nicht erfolgt ist, auch nicht aus Artt. 141, 147 EG. gefolgert werden kann. Insbesondere bestimmt Art. 141 nicht, daß die Zuständigkeit des Richters oder Notars für die Beurkundung durch Landesgesetz ausgeschlossen werden soll, sondern daß das Landesgesetz nur die Zuständigkeit für die Beurkundung ordnen soll. (AM. Jastrow, BuschsZ. **35** 524.)

II. Rechtsprechung. **RG.** JW. **06** 537, R. **06** 1193 (2878). Mit dem Inkrafttreten des BGB. am 1. 1. 1900 sind die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten, soweit nicht im BGB. oder im EG. ein anderes bestimmt ist. Daß die Bestimmungen des BGB. in den §§ 125, 139 BGB. durch Landesgesetz abgemindert werden könnten, ist weder im BGB. bestimmt, noch aus den Vorbehalten, welche im EG. zugunsten der Landesgesetzgebung gemacht sind, zu entnehmen. Die Artt. 141—143 EG., die allein in Betracht kommen könnten, lassen seine Änderung nicht zu. Demnach ist Art. 219 BayAGZPO. v. 23. 2. 79, welcher die Notwendigkeit der Errichtung von Notariatsurkunden bei Grundstückskäufen bei Strafe der Nichtigkeit vorschrieb, durch das BGB. beseitigt.

Art. 143. MecklenbZ. **25** 63, ZBlFG. **7** 394 (334) (LG. Schwerin). Auflassungserklärungen können rechtswirksam vor dem Prozeßgericht abgegeben werden, wenn sie Bestandteil eines zur Beilegung eines Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleichs sind (§ 925 BGB., § 143 EGBGB.).

Art. 161. Abs. 2. 1. Häring, Endgültige Ausfolge des Vermögens eines Verschollenen nach dem 1. 1. 00 an den vor diesem Zeitpunkt vorläufig eingewiesenen Erben, WürttZ. **06** 199 ff. Da das Aufgebotsverfahren keinen Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern des Prozeßrechts bildet, kann unter „Verfahren" und „bisherigen Gesetzen" nicht das formelle, sondern nur das materielle Verfahren oder Gesetzesrecht verstanden werden. Diese Auslegung ergibt für die Praxis keine Schwierigkeiten, wohl aber eine Vereinfachung und Vereinheitlichung.

2. WürttZ. **06** 87 (Stuttgart). Einem vor dem 1. 1. 00 durch den Abwesenheitspfleger eines Verschollenen erklärten Erbschaftsantritt kommt auch dann Rechtswirksamkeit zu, wenn der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen durch Ausschlußurteil auf Grund der Bestimmungen des BGB. in die Zeit vor dem Erbschaftsantritt zurückverlegt worden ist.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 163. S. zu Art. 170 u. JDR. **3** u. **4** zu EG. Art. 163. I. Literatur. R. Leonhard, Der Einfluß des BGB. auf nicht rechtsfähige Vereine des älteren Rechtes, BayRpflZ. **05** 29 ff., führt entgegen der Entscheidung des **RG. 51** 161 aus, daß die erlaubten Privatvereine des preußischen Rechtes nach § 54 BGB. nicht rechtsfähige Vereine sind, aber als wirtschaftliche Personen, denen das Recht eine gewisse Anerkennung widmet, den rechtsfähigen Vereinen rechtsähnlich sind und ebenso wie diese vom 1. 1. 00 ab unter dem neuen Rechte des BGB. stehen. S. auch o. § 54 Ziff. 1 b.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **12** 3 (Breslau). Satz 2 § 54 BGB. findet im Gegensatz zu Satz 1 desselben Paragraphen auch auf solche nicht eingetragenen Vereine Anwendung, die bereits unter der Herrschaft des älteren Rechtes entstanden sind. Denn diese Bestimmung trifft nicht die Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder als solche, sie schafft vielmehr eine Haftung des im Namen des Vereins Handelnden ohne Rücksicht darauf, ob er Vereinsmitglied ist oder nicht. Es liegt daher keine Veranlassung vor, ihre Anwendung auf die unter dem neuen Rechte entstandenen nichtrechtsfähigen Vereine zu beschränken. Die Verpflichtung eines solchen Verbotes ist vielmehr nach dem in Art. 170 EG. BGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz demjenigen Rechte zu unterstellen, unter dessen Geltung er gehandelt hat (Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 51, 52 Anm. 100, Nußbaum, SächsA. **10** 350, Rehbein, BGB. 43, §§ 21 bis 54 Anm. II 2c; aM. Planck, Anm. 7 Art. 163 EGBGB., Hachenburg, Vorträge 479.

2. BayObLG. **7** 99, R. **06** 369 (894). Die nach §§ 28 Abs. 1, 32 Abs. 1 Satz 2, 3, Abs. 2, 86 BGB. in Verbindung mit Art. 163 EG. für die Stiftungen des bürgerlichen Rechtes geltenden Vorschriften über die Beschlußfassung eines aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes sind in Ermangelung besonderer Vorschriften der Landesgesetze auch auf Stiftungen des öffentlichen Rechtes anwendbar.

3. RheinA. **102** I 51 (Cöln). Bei Vereinen, die unter dem alten Rechte begründet sind, finden, soweit es sich um das Verhältnis des Vereins zu den Vereinsmitgliedern als solchen und der Mitglieder untereinander handelt, die Vorschriften des alten Rechtes Anwendung. Jedoch ist für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Verein und Dritten das zur Zeit der Entstehung dieser Rechtsverhältnisse geltende Recht nach Art. 170 EG. maßgebend.

Art. 168. 1. KGJ. **31** A 255, R. **06** 1083 (2520) (KG.). Ein unter der Herrschaft des PrALR. durch Testament angeordnetes Verbot der Veräußerung und Belastung des Nachlaßgrundstücks ist, wenn es nur im eigenen Interesse des mit dem Grundstücke Bedachten angeordnet ist, für den Bedachten nicht rechtsverbindlich. Das Grundbuchamt ist, auch wenn die Eintragung des Verbots in das Grundbuch erfolgt ist, nicht befugt, einen sich als Verfügung über das Grundstück darstellenden Eintragungsantrag des Bedachten wegen des eingetragenen Verbots zurückzuweisen.

2. KGJ. **31** A 267, ZBlFG. **7** 217 (208). Hat der Eigentümer eines Grundstücks vor dem Jahre 1900 zugunsten einer Aktiengesellschaft eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen, so kann der Eintragungsvermerk nicht ohne weiteres auf Grund des Nachweises gelöscht werden, daß das Erlöschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister vermerkt steht. Die Aktiengesellschaft dauert, solange Vermögen vorhanden ist, fort; zur Erlangung einer Löschungsbewilligung hat daher der Grundstückseigentümer die Wiedereröffnung der Liquidation zu beantragen (§ 302 Abs. 4 HGB., § 137 BGB.).

3. SächsOLG. **27** 537 ff. (Dresden). Die Vorschrift des Art. 168 BGB. beschränkt sich nicht auf gesetzliche und behördliche Veräußerungsverbote (§§ 135, 136 BGB.), sondern erstreckt sich auch auf die im § 137 BGB. erwähnten Verfügungsbeschränkungen durch Rechtsgeschäft, insbesondere die durch letzten Willen angeordneten, übrigens nicht nur auf die vor dem 1. 1. 00 im Grundbuch eingetragenen, sondern die am 1. 1. 00 bestehenden.

Art. 169. 1. R. **06** 243 (450) (BayObLG.). Bei der Prüfung der Verjährungseinrede ist die Frage zu entscheiden, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte der dem älteren Rechte unterstehende Anspruch des Klägers nach dem BGB. begründet ist. Liegt ein Dienstvertrag vor, so greift wie nach dem früheren Rechte, so auch nach dem EG. die dreißigjährige Verjährungsfrist Platz.

2. OLG. **12** 242 (Stettin). Eine vor 1900 vollendete Verjährung wird nach altem Recht, eine erst 1900 beginnende wird, auch wenn sie einen dem alten Rechte unterstehenden Anspruch betrifft, nach neuem Rechte beurteilt; hat die Verjährung vor 1900 bereits begonnen, ist sie aber noch nicht abgelaufen, so sind die ausdrücklichen Vorschriften des Art. 169 Abs. 2 entscheidend.

3. **RG. 62** 417 ff., JW. **06** 222, R. **06** 622 (1505). Beginn der Hemmung und Unterbrechung einer am 1. 1. 00 noch nicht abgelaufenen Verjährung richtet sich für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. nach dem zur Zeit der Hemmung oder Unterbrechung herrschenden Recht. §§ 209 ff. BGB. sind darauf unanwendbar.

4. **RG. 60** 74. Für die Kaufmannseigenschaft im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. ist die Zeit der Entstehung des Anspruchs maßgebend; eine Änderung der Gesetzgebung, die später eintrat und vermöge deren der Gläubiger die ihm bis dahin fehlende Eigenschaft eines Kaufmanns erlangte, ist nicht zu berücksichtigen. Vgl. **RG.** JW. **06** 84 ff. (Vgl. ferner über das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft zur Anwendbarkeit des § 196 Nr. 1 und Art. 169 BGB. bei Bauunternehmern OLG. Cöln, PuceltsZ. **06** 259.) S. JDR. **4** EG. Art. 169d. S. auch o. § 196 Ziff. II 2.

5. **RG.** EisenbE. **22** 178. Wenn der Personenbeförderungsvertrag der Eisenbahnen die rechtliche Natur eines Werkvertrages hat, so unterliegt ein Schadensanspruch wegen eines Mangels des Werkes (Körperverletzung durch eine Unregelmäßigkeit des Betriebes) außerhalb des Haftpflichtgesetzes der sechsmonatigen Verjährung des § 638 BGB.

6. **RG.** JW. **06** 734. Seit dem Inkrafttreten des BGB. ist an die Stelle der Vorschrift des Art. 386 Abs. 4 AGBGB. die Vorschrift des § 414 Abs. 4 HGB. getreten.

7. BreslauAK. **05** 50 (Breslau). Die vor dem 1. 1. 00 rechtskräftig zugesprochenen Verzugszinsen unterliegen für die Zeit nach dem 1. 1. 00 der kurzen (vierjährigen) Verjährung.

Art. 170. I. Literatur. Lauter, GruchotsBeitr. **50** 607 ff. Der Grundsatz von der nicht rückwirkenden Kraft des neuen Rechtes auf bereits bestehende Obligationen- und Sachenrechte findet auf sogenannte fiktive oder konstruktive Rechte keine Anwendung.

II. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 163, 169, 171, 199, 213, JDR. **3** 1 u. 4 zu Artt. 170, 171.

A. Inhalt der Schuldverhältnisse. **a**) RheinA. **102** I 130 (Cöln). Ist ein Rechtsgeschäft vor 1900 abgeschlossen, so finden auf Erfüllungsgeschäfte, die nach dem 1. 1. 00 vorgenommen werden, die Bestimmungen des BGB. Anwendung. **b**) BayObLG. **7** 107 f. (2486). Nach den Vorschriften des früheren Rechtes, unter dessen Herrschaft das Schuldverhältnis begründet worden ist, gehörte es zum Inhalte der Verpflichtung des Beklagten, daß er Schadensersatz

wegen Nichterfüllung nur zu leisten hatte, wenn der Schaden des Klägers durch das Ergebnis eines Selbsthilfeverkaufs festgestellt war. Daran ist nach Art. 170 EG. durch die mittlerweile eingetretene Geltung des neuen Rechtes nichts geändert worden, der jetzt auch für den Handelskauf maßgebenden Vorschrift des § 326 BGB. kommt rückwirkende Kraft nicht zu (o. § 326 Ziff. 10). **c)** **RG.** EisenbE. **22** 73, R. **06** 248 (483). Wenn die Handlung, durch welche ein Schaden entstanden ist, nach dem 1. 1. 1900 fällt, das Schuldverhältnis, aus dem der Beklagte wegen dieser Handlung in Anspruch genommen wird, aber vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, so bleibt das alte Recht für die aus der Verletzung des Vertrages durch Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung entstehenden Folgen maßgebend. **d)** **RG. 61** 133 ff. Hat der Gläubiger aus einem vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Schuldverhältnis, das die Vereinbarung einer Vertragsstrafe enthielt, die Erfüllung nach dem 1. 1. 00 ohne Vorbehalt angenommen, so ist § 341 Abs. 3 BGB. (Herabsetzung der Vertragsstrafe) nicht anzuwenden.

B. Einzelne Schuldverhältnisse. 1. Kauf. R. **06** 1200 (2871) (Frankfurt). Die Mängelrüge für Erfüllungsgeschäfte, die nach dem 1. 1. 00 auf Grund eines vorher abgeschlossenen Lieferungsvertrages stattfinden, richtet sich nach den Bestimmungen des alten Rechtes.

2. Schenkung. **RG. 62** 328 ff., JW. **06** 160, R. **06** 560 (1265). Das Recht des Widerrufs einer Schenkung wegen Undanks bildet einen Bestandteil des Schenkungsgeschäfts, es entsteht nicht erst mit den den Widerruf begründenden Tatsachen, sondern wird nur durch diese ausgelöst. Es ist daher in seinen Voraussetzungen und nach den Gesetzen zu beurteilen, die bei der Vornahme der Schenkung gegolten haben, wenn sie also vor dem 1. 1. 00 erklärt und vollzogen ist, nach älterem Rechte, selbst wenn der Widerruf erst nach dem 1. 1. 00 erfolgt und auf Tatsachen gestützt wird, die sich nach diesem Zeitpunkte zugetragen haben. S. auch o. zu § 530.

3. Auftrag. **a)** (BayLR. 7 IV Kap. 9, §§ 1, 2 ff.) R. **06** 248 (484) (BayObLG.). Ist einem Rechtsanwalte die Vertretung eines Erbbeteiligten bei der Auseinandersetzung einer Verlassenschaft übertragen, so liegt, wenn das Rechtsverhältnis vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, nach den Bestimmungen des Bayrischen Landrechts und des gemeinen Rechtes ein Auftragsverhältnis vor. **b)** **RG.** BadRpr. **06** 1116, R. **06** 1200 (2873). Für das Erlöschen einer Vollmacht, die auf einem unter der Herrschaft des alten Rechtes begründeten Auftrags- oder Dienstverhältnis beruht, ist das alte Recht maßgebend.

4. Auftragslose Geschäftsführung. BayRpflZ. **06** 254 (München). Bei der auftraglosen Geschäftsbesorgung ist das durch die Verwendungen des Klägers begründete Rechtsverhältnis nach dem am Orte der Geschäftsbesorgung und des Wohnsitzes des Geschäftsherrn geltenden Rechte zu beurteilen (o. § 679 Ziff. 6).

5. Gesellschaft. KGJ. **32** A 129 ff. Bei einer vor dem 1. 1. 00 gegründeten o. HG. sind die Voraussetzungen der gerichtlichen Ernennung von Liquidatoren nach früherem Rechte zu beurteilen; diese selbst vollzieht sich dagegen nach neuem Verfahren.

6. Unerlaubte Handlungen. **a)** **RG.** R. **06** 754 (1870). Eine unerlaubte Handlung ist nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Begehung und nicht ihrer Wirkung zu beurteilen. Vgl. auch PuceltsZ. **06** 151 (Colmar). **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 138 ff., R. **06** 1265 (3083). Wenn die Unterlassung des Klebens von Versicherungsmarken vor dem 1. 1. 00 liegt, die Erwerbsunfähigkeit aber erst nach diesem Tage eintritt, hat doch das alte Recht zur Anwendung zu kommen. Vgl. **RG. 63** 53 ff., JW. **06** 317; **RG.** RheinA. **102** II 17.

7. Familienrechtliche Schuldverhältnisse. HansGZ. **06** Beibl. 302 (Hamburg). Ist ein ungetreuer Verlobter vor dem 1. 1. 00 zur Eingehung der

Ehe rechtskräftig verurteilt worden und hat er diesem Urteil nicht gehorcht, so kann der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verlöbnisbruchs noch nach dem 1. 1. 00 verfolgt werden. **b)** RG. GruchotsBeitr. **50** 688 ff. Ein vor dem 1. 1. 00 geschlossener Vertrag, durch den die Ehefrau auf ihren gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann für die Zukunft verzichtet hat, ist, auch wenn ihn das frühere Recht zugelassen haben sollte, mit dem Inkrafttreten des BGB. hinfällig (nichtig) geworden. **c)** ElsLothJZ. **06** 275 (Colmar). Der Unterhaltsanspruch einer geschiedenen Ehefrau ist ein dem Familienrecht angehörender obligatorischer Anspruch und entsteht im Augenblicke der Ehescheidung; er untersteht daher, wenn diese vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat, dem alten Rechte. Auch in diesem Falle braucht er nicht bei Vermeidung des Verlustes schon im Ehescheidungsurteil zugesprochen zu werden, er kann noch später geltend gemacht werden.

Art. 171. 1. RG. R. **06** 119 (169). Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. auf ein vor dem 1. 1. 00 begründetes Pachtverhältnis ist ausgeschlossen, wenn nur dem einen Teile ein Kündigungsrecht zugestanden hat. In diesem Falle gelten vielmehr die Vorschriften des früheren Rechtes weiter.

2. OLG. **11** 313, R. **06** 180 (295) (Karlsruhe). Art. 171 hat nicht den Sinn, als sei ein Mietvertrag, der nicht zum 1. 1. 00 außer Kraft getreten ist, unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden. Der unter altem Rechte abgeschlossene Vertrag ist vielmehr nach dessen Vorschriften auszulegen. Das Verhältnis ist so zu beurteilen, wie wenn am 1. 1. 00 das bisherige Mietverhältnis beendigt worden, gleichzeitig aber ein neues Mietverhältnis unter den gleichen Bedingungen in Kraft getreten wäre (s. JDR. **4** EG. Art. 171 a).

3. HansGZ. **06** Beibl. 295 (Hamburg). Mit dem ersten Termin, zu dem nach dem 1. 1. 00 ein unter dem alten Recht abgeschlossener Mietvertrag gekündigt werden konnte, ist nur insofern ein Abschnitt eingetreten, als das neue Recht zur Anwendung kommt, insoweit es von dem alten abweicht, nicht aber etwa in dem Sinne, daß der alte Mietvertrag als aufgelöst und ein neuer als abgeschlossen anzusehen wäre. Bereits vor dem 1. 11. 00 in die Mietwohnung eingebrachte Sachen haften also für alle künftigen Mietraten, einerlei, ob sie durch Rechtsgeschäfte, welche dem Vermieter verborgen geblieben sind, vor oder nach dem 1. 11. 00 einem Dritten zu Eigentum übertragen werden. Anders dagegen, wenn erst nach dem 1. 11. 00 Sachen eines Dritten in die Wohnung eingebracht werden.

Art. 173. RG. GruchotsBeitr. **49** 967, R. **06** 804 (1948). Die Formvorschrift des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB. gilt nicht auch für die nach dem 1. 1. 00 erfolgte Übertragung eines vor diesem Zeitpunkte nach gemeinem Rechte angefallenen Erbschaftsanteils.

Art. 176. RG. JW. **06** 539. Ein Subhastationsrichter, der einen vor dem 1. 1. 00 außer Kurs gesetzten Staatsschuldschein, der ihm bei der Zwangsversteigerung als Bietungskaution von einem Bieter angeboten wird, als ungeeignet zur Sicherheitsleistung zurückweist, übersieht die Bestimmung des Art. 176, wonach die frühere Außerkurssetzung mit dem 1. 1. 00 ihre Wirkung verliert, und macht sich regreßpflichtig.

Art. 181. 1. RG. R. **06** 506 (1180). Wenn das vom Verkäufer bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehaltene Eigentum an der Kaufsache unter der Herrschaft des ALR. dadurch untergegangen ist, daß die Sache mit dem Grundstücke des Käufers als Substanzteil verbunden worden ist, so würde es mit dem Inkrafttreten des BGB. auch dann nicht wieder ins Leben getreten sein, wenn dies in der Bestimmung der Substanzeigenschaft vom preußischen Rechte abweichen sollte.

2. RheinA. **102** I 254, PuceltsZ. **06** 712 ff. (Cöln). Bei einer unter der Herrschaft des früheren französischen Rechtes eingetretenen Erbengemeinschaft bestand kein Miteigentum nach Bruchteilen, sondern ein dem Miteigentum zur gesamten Hand ähnliches Rechtsverhältnis. Dieses ist nach dem Inkrafttreten des BGB. bestehen geblieben. Art. 213 EG., § 180 ZVG. finden auf die Auseinandersetzung dieser Erbengemeinschaft keine Anwendung. An Grundstücken, die zu einer vor dem 1. 1. 00 aufgelösten ehelichen Gütergemeinschaft gehörten, bestand bis zum 31. 12. 99 zwischen den beiden Ehegatten oder dem überlebenden Ehegatten einerseits und den Erben des verstorbenen andererseits Miteigentum zur gesamten Hand. An dessen Stelle ist mit dem Inkrafttreten des BGB. Miteigentum nach Bruchteilen getreten (Art. 181). Auf die Auseinandersetzung dieser Gemeinschaft findet § 180 ZVG. Anwendung (s. IDR. **4** zu EG. Art. 73).

Art. 184. S. zu Artt. 124, 171, 181. 1. SächsRpflA. **06** 249, R. **06** 1200 (2874) (Dresden). Art. 184 ist nicht dahin auszulegen, daß auch das Erlöschen eines Rechtes, mit dem ein Recht oder eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, abgesehen von den im Art. 184 besonders genannten Ausnahmen, sich nach dem bisherigen Rechte richten müsse. Soweit es sich um die Wirkung von Ereignissen handelt, die unabhängig von dem Inhalte des Rechtes von außen herantreten, ist vielmehr das neue Recht maßgebend.

2. (BGB. §§ 1090, 1027, 1004.) BayRpflZ. **06** 446 (Bamberg). Ein gemeinschaftliches Weiderecht ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Ihr Inhalt ist daher nach Art. 184 Satz 1 nach altem Rechte zu beurteilen. Dazu gehören aber nicht äußere unter der Herrschaft des BGB. erfolgende Eingriffe. Für die Ansprüche aus Rechtsstörungen durch Dritte nach dem 31. 12. 91 sind die neuen Vorschriften maßgebend. Da Art. 184 Satz 1 die vor dem 1. 1. 00 begründeten Rechte nicht schlechthin, sondern nur hinsichtlich ihres Inhalts und Ranges dem bisherigen Rechte unterstellt, muß angenommen werden, daß in den übrigen Beziehungen das BGB. anzuwenden ist (Niedner, EGBGB. Art. 184 Ziff. 3).

3. RheinA. **102** I 267 (Cöln). Die Erhöhung und Verstärkung einer vor dem 1. 1. 00 errichteten Scheidemauer nach dem 1. 1. 00 gibt ebensowenig dem Nachbarn, der die Mauer erhöht und verstärkt hat, einen Anspruch auf Ersatz der dafür aufgewendeten halben Kosten, als dem anderen Nachbarn das Eigentum oder Benutzungsrecht an dem neuen Mauerstück und der zur Verstärkung verwendeten Grundfläche. Auch aus der Benutzung des Aufbaues durch diesen kann dem aufbauenden Nachbarn ein Anspruch auf Ersatz der halben Baukosten nicht erwachsen (Artt. 653, 660, 661 Code civil, Art. 23 AGBGB., §§ 93—95, 921, 922, 905, 945, 951 BGB.), s. IDR. **3** EG. Art. 184 Ziff. 2e u. **4** EG. Art. 187.

4. RheinA. **102** I 144 (Cöln). Wenn auch das nach Art. 553 Code civil begründete Kellerrecht nach Inkrafttreten des BGB. sich nur als ein Erbbaurecht oder eine Grunddienstbarkeit darstellen kann, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß auf Grund dieser Rechte an fremdem Grund und Boden dem Berechtigten das Eigentum an dem Kellergewölbe selbst verblieben ist.

5. PuceltsZ. **06** 247 (Zweibrücken). Die Frage, ob ein unter dem früheren Rechte begründetes Vermieterpfandrecht, sei es infolge der Entfernung der Fahrnisstücke aus den Mieträumen, sei es infolge des späteren Verhaltens des Klägers erloschen ist, ist, da für sie der Inhalt dieses Rechtes entscheidend sein muß, nach früherem Rechte zu beurteilen.

Art. 186. SächsOLG. **27** 155, 156 (Dresden). Durch Art. 186 EG. und § 87 GBO. ist gestattet worden, daß in den Staaten, die bereits eine Grundbucheinrichtung hatten, die bisher geführten Bücher zu Grundbüchern im Sinne

des Reichsrechts erklärt werden konnten. Damit ist zugleich klargestellt, daß die Erklärung eines bisher geführten Buches zum Grundbuche des neuen Rechtes die Vorschriften des BGB. über das Grundbuch und über die Eintragungen in das Grundbuch auf das bisher geführte Buch und alle in dieses aufgenommenen Eintragungen zur Anwendung bringt.

Art. 187. I. Literatur. Kriener, Verlustgefahr der unter bisherigem Rechte entstandenen und nicht gebuchten Dienstbarkeiten in Bayern, SeuffBl. **06** 287 ff. Wird an einem Grundstücke, das mit einer unter dem bisherigen Rechte entstandenen und im Grundbuche nicht eingetragenen Dienstbarkeit belastet ist, Eigentum, Hypothek oder ein anderes dingliches Recht an fremder Sache erworben, ohne daß dem Erwerber die schon vorhandene Belastung bekannt ist, so bleiben nach bisherigem bayerischen Rechte Personalservituten (Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnungsrecht) neuerworbenem Eigentum oder dinglichen Rechten an fremder Sache mit Ausnahme der Hypotheken, gegenüber aufrechterhalten, gehen dagegen Hypotheken gegenüber unter (§ 22 Ziff. 5, 7 BayHypG. v. 1. 6. 22), Grunddienstbarkeiten dagegen bleiben auch Hypotheken gegenüber in ihrer Wirksamkeit erhalten. Nach neuem Rechte erlöschen aber die genannten Personalservituten nicht nur gegenüber Hypotheken sondern auch gegenüber Eigentum und dinglichen Rechten an fremder Sache. Grunddienstbarkeiten dagegen bleiben, wenn und solange mit ihnen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, wie nach bisherigem Rechte gegenüber allen anderen jüngeren dinglichen Rechten wirksam. Dies ist vorläufig auch noch bei den anderen Grunddienstbarkeiten der Fall, dagegen teilen sie nach Erlaß der im Art. 10 BayAG. BGB. vorgesehenen Königl. Verordnung das Schicksal der persönlichen Dienstbarkeiten. Um die alten Dienstbarkeiten vor der Gefahr des Unterganges durch Unterlassung der Eintragung in das Grundbuch zu bewahren, müßten sie daher im Anmeldeverfahren vor der Anlegung des Grundbuchs angemeldet werden oder es müßte, wenn dies unterblieben ist, durch eine besondere Prozeßvorschrift der Beweis für das Vorhandensein dieser alten Rechte ermöglicht bleiben. Die sog. irregulären Servituten des älteren Rechtes gehören nach § 892 BGB. in Zukunft wohl zu den der Eintragung in das Grundbuch bedürfenden Dienstbarkeiten.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **06** 17. Zu den dinglichen Rechten an Grundstücken, die zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, aber eingetragen werden können, gehörten in Preußen nach § 12 EigentumserwerbsG. die Grunddienstbarkeiten. Sie gehörten noch dazu, soweit sie vor dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts entstanden sind, da Preußen von der im Art. 187 Abs. 2 der Landesgesetzgebung eingeräumten Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat.

2. SächsOLG. **27** 253 (Dresden). Eine vor dem 1. 1. 00 durch Vertrag gültig bestellte Grunddienstbarkeit (SächsBGB. §§ 567, 574) ist durch die Bestimmungen des BGB. in ihrem Bestande nicht berührt worden und ist auf einen nach dem 1. 1. 00 gestellten Antrag einzutragen.

Art. 189. I. Literatur: Schmid, Die Verwirklichung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. im Geltungsbereich des weimarischen Partikularrechts, ThürBl. **53** 9 ff. S. o. § 648 Ziff. 8.

II. Rechtsprechung. 1. S. zu Artt. 184, 187, 192—194. (BayNotG. Art. 14, BGB. § 313.) BayRpflZ. **06** 276 (Nürnberg). Art. 14 Bay. NotG. gilt nach Inkrafttreten des BGB. gemäß Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EGBGB., solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nicht mehr für die obligatorischen Beziehungen aus einem Vertrag über ein Grundstück aber noch für den dinglichen Vertrag (BayRpflZ. **05** 106). Daraus

folgt, daß, soweit Art. 14 des alten NotG. gilt, auch seine bisherige Auslegung maßgebend bleiben muß. Diese ging dahin, daß gegen Art. 14 verstoßende notarielle Verträge nur bedingt nichtig, d. i. nur anfechtbar sind. (Vgl. Jacubetzky, SeuffBl. **03** 451.)]

2. BayRpflZ. **06** 22 (Nürnberg). Art. 14 des alten BayNotG. gilt seit dem Inkrafttreten des BGB. nach Art. 189 Abs. 1 EGBGB., solange das Grundbuch nicht als angelegt anzusehen ist, noch für die unmittelbare Verfügung über ein Grundstück, den dinglichen Vertrag, während der obligatorische Vertrag den Vorschriften des neuen Rechtes unterliegt, nach § 313 BGB. für die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke daher notarieller Beurkundung bedarf. Für das alte Recht ist aber zu schließen, daß der gerichtliche Vergleich die nach Art. 14 NotG. vor dem Notar zu erklärende Eigentumsübertragung nicht ersetzen kann (SeuffBl. **03** 449, BayRpflZ. **05** 7/8.

3. R. **06** 1443 (3453) (BayObLG.). Kommt vor der Verwaltungsbehörde aus Anlaß von Verhandlungen über die Einrichtung oder Änderung von Neueinrichtungen und Triebwerken unter den Beteiligten eine Einigung zustande, die Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken enthält, so bedürfen die Vereinbarungen, solange das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, zu ihrer Gültigkeit der notariellen Beurkundung (BayWasserrechtsG. Art. 75, Bay. NotG. Art. 14).

4. (§ 2204 BGB., BayNotG. 1861 Art. 14.) R. **06** 864 (2134) (Bay. ObLG.). Auch wenn der Testamentsvollstrecker das Eigentum an einem vermachten Grundstück auf den Bedachten übertragen will, bedarf es unter der Herrschaft des Grundbuchrechts der Auflassung und Eintragung, und wo das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt, in Bayern der notariellen Beurkundung des Eigentumsübertragungsvertrags.

5. BayRpflZ. **06** 106 (Augsburg). Form des Grundstückskaufs vor Anlegung des Grundbuchs (Einigung und Beurkundung der Einigung vor einem bayerischen Notar).

6. (ALR. I. 21 § 43, PrAG. 89 Nr. 16.) **RG.** JW. **06** 344. Für nicht eingetragene Grundgerechtigkeiten des alten Rechtes besteht § 43 I. 21 ALR. noch.

7. R. **06** 1194 (2823), ZBlFG. **7** 539 (465) (BayObLG.). Das BGB. läßt die Begründung eines dinglichen Wiederkaufsrechts nicht mehr zu. War aber ein solches schon nach dem alten Rechte in gesetzlich zulässiger Weise begründet, so steht der Eintragung in das Hypothekenbuch nichts im Wege (Planck, BGB. VI 357, Habicht, Einw. (3) 261, Niedner, EG. (3) 378).

8. HansGZ. **06** Beibl. 40 (2383), ZBlFG. **7** 395 (348) (Hamburg). Die Schuldübernahme bestimmt sich, wenn sie nach Anlegung des Grundbuchs unter dem Rechte des BGB. erfolgt, hinsichtlich ihrer Erfordernisse und Wirkungen nicht nach altem Rechte, sondern nach dem BGB. (Art. 189 EG., § 416 BGB.). Die Befreiung des bisherigen Grundeigentümers von der persönlichen Haftung für die von dem neuen Eigentümer übernommene Hypothek ist nicht eine aus dem Wesen des Schuldverhältnisses folgende Entwickelung, sondern beruht auf den von außen hinzutretenden Tatsachen (§ 416 BGB.).

Art. 192. S. zu Artt. 187, 189, 193. I. 1. Literatur: Oberneck, Der Entwurf eines Gesetzes, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes, DNotV. **06** 194 ff. — Porzig, Das Reichsgesetz v. 17. 3. 06, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes, seine Bedeutung für das Reichsgrundbuchrecht und die Aufgaben der Landesgesetzgebungen, ThürBl. **53** 241 ff.

2. *Seitz, SeuffBl. **06** 260 ff., führt gegen **RG. 49** 162 ff. aus, daß sich die Kautionshypotheken des älteren Rechtes nicht schlechthin in Sicherungshypotheken des BGB. verwandelt haben; sie bestanden als Pfandrechte nur unter

der Bedingung, daß Forderungen auf sie entfielen, und sind daher auch jetzt noch als Sicherungshypotheken in ihrem Bestande von derselben Bedingung abhängig.

3. Jacoby, Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern, SeuffBl. **06** 245 ff., bespricht 256 ff. die Übergangsfragen, welche durch den Erlaß des Reichsgesetzes von 1904 die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes betreffend in Bayern geregelt sind, insbesondere die Eigentümerhypotheken in ihrer Wirkung auf die sog. Unterkautionen des früheren bayerischen Rechtes (s. JDR. **4** Art. 192 EG. Ziff. 3).

II. Rechtsprechung. 1. (§§ 1163, 1177 BGB.) R. **06** 862 (2119), ZBlFG. **7** 222 (238) (BayObLG.). Auf den durch Annuitätenzahlungen getilgten Teil einer Darlehnsforderung finden die voraufgeführten Gesetzesvorschriften keine Anwendung.

2. **RG.** JW. **06** 19. Nachdem seit dem 1. 1. 00 da, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eine unter der Herrschaft des bisherigen preußischen Rechtes begründete Hypothek nach Artt. 192, 193 EG. und Art. 33 § 1 PrAGBGB. als eine Briefhypothek des BGB. gilt, wenn ein Hypothekenbrief gebildet ist, besteht auch wegen der Beweislast für das der Hypothek zugrunde liegende Schuldverhältnis kein Unterschied mehr, ob eine Hypothek vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetragen ist.

Art. 193. *Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 11 Die Antichrese wird im BGB. nicht mehr als selbständiges Rechtsgeschäft anerkannt. Es ist aber zulässig, die Bestellung der Hypothek mit der eines Nießbrauchs zu verbinden.

Art. 199. S. zu Artt. 17, 170. **RG.** JW. **06** 637, R. **06** 306 (752). Zu den die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einem der regelnden Vorschriften gehört auch der § 1353 BGB.

Art. 200. I. Literatur. 1. *v. Baligand, Der Ehevertrag (1906) § 15. (141 ff.) In altrechtlicher nicht übergeleiteter Ehe können nach Reichsrecht bisher zulässige Eheverträge auch weiterhin abgeschlossen werden; insoweit gilt für solche Ehen insbesondere § 1433 BGB. nicht. (Gegen Niedner u. Habicht, Einw. 539 Note 1.) (146 f.) Abs. 1 gilt auch für die Wirksamkeit des Ehevertrags gegenüber Dritten; § 1435 gilt daher nach Reichsrecht auch dann nicht, wenn in einer dem Abs. 1 unterstehenden Ehe ein Güterstand des BGB. vertragsmäßig eingeführt wird. (Gegen Wieruszowski, Eherecht II 55.)

2. *Weegmann, WürttZ. **06** 289 ff., s. JDR. **4** Art. 200 EG. Ziff. 2 u. 3 Ziff. 1. Wurde auf Grund Art. 36 WürttNotG. die Eventualteilung aufgeschoben (vorausgesetzt, daß der Erbfall vor dem 1. 1. 00 erfolgte), so bleiben die Rechte und Pflichten des statutarischen Nutznießers und der Kinder unverändert. Solange der Antrag auf Auseinandersetzung nicht gestellt wird, ist der Nutznießer zur Fertigung eines Vermögensverzeichnisses weder dem Vormundschaftsgericht noch den Kindern gegenüber verpflichtet, auch ruht seine Sicherstellungspflicht. Die für die Dauer des Teilungsaufschubs angeordnete Pflegschaft bleibt bestehen. — Beim Erbfall nach dem 31. 12. 99 ist eine Vereinbarung im Sinne des Art. 36 NotG. auch beim Eintritte der württ. stat. Nutznießung nicht mehr zulässig. Die Einreichung einer Vermögensübersicht im Sinne des § 1640 BGB. (der an sich keine Anwendung findet) kann das Vormundschaftsgericht aber verlangen. Anordnung der Pflegschaft im Sinne des § 1909 BGB. ist stets erforderlich, da das zwischen Nutznießer und sog. Hinterfallserben bestehende Rechtsverhältnis eine solche notwendig macht. Eine Auseinandersetzung zwischen Nutznießer und Kindern ist nicht erforderlich.

3. Süß, Wie erfolgt seit dem 1. 1. 00 beim Bestehen der westfälischen Gütergemeinschaft die Rechtsnachfolge in den Anteil des zuerst versterbenden Ehegatten an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen? DNotV. **06** 411 ff.

II. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 15, 25. 1. **RG. 63** 245 ff. Hat jemand vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Vertrag die Gütergemeinschaft ausgeschlossen und wird er nach dem Inkrafttreten des BGB. Vollkaufmann, so entsteht für ihn nur die Verpflichtung, seine Firma in das Handelsregister neuen Rechtes eintragen zu lassen. Dagegen ist er nicht verpflichtet, den in seiner Ehe herrschenden Güterstand, der infolge gesetzlicher Überlieferung nunmehr dem regelmäßigen Güterstande des BGB. entspricht, noch irgendwo und irgendwie bekannt zu machen. Nach den jetzigen Gesetzen gibt es überhaupt kein Register für solche Eintragungen. Das Güterrechtsregister nimmt nur Abweichungen von dem Regelmäßigen auf. Hier aber liegt nur Regelmäßiges vor. In einem solchen Falle können die Gläubiger des Mannes das Frauengut nicht in Anspruch nehmen, obwohl die Ausschließung der Gütergemeinschaft in keiner Art und Weise öffentlich eingetragen ist. Sie können auch daraus keinen Grund zur Beschwerde herleiten, weil mit dem Inkrafttreten des BGB. der Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung die Regel geworden ist.

2. **RG.** 30. 12. 05, HansGZ. **05** Beibl. 140; **06** Beibl. 248 (Hamburg). Die vor 1907 nach Dotalrecht und seitdem im gesetzlichen Güterstande des BGB. lebende Ehefrau ist zur Klage auf eine ihr nach dem 1. 1. 00 angefallene Erbschaft an sich nicht aktiv legitimiert. Die zur Klagerhebung erforderliche Zustimmung des Ehemanns (§ 1400 Abs. 2 BGB.) wird aber durch den Zusatz im Rubrum der Klage: „im Beistand ihres Ehemanns" ersetzt.

3. HansGZ. **06** Beibl. 259 (LG. Bremen). Die Bestimmungen des BGB. über die fortgesetzte Gütergemeinschaft finden auf das bremisch-rechtliche Beisitzverhältnis keine Anwendung (§§ 14, 31 BremGüterstandsG. v. 18. 7. 99). Der Beisitz der Witwe richtet sich nach dem bisherigen Rechte, sofern sich aus dem Güterstandsgesetze nichts anderes ergibt.

4. RheinA. **102** I 280 (Cöln). Bei den aus dem rheinischen Recht übergeleiteten Errungenschaftsgemeinschaften ist die Bestimmung des Art. 1499 des Code civil, wonach die Gläubiger des Ehemanns berechtigt sind, Sondergut der in der Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Frau anzugreifen, wenn dessen Sondergutseigenschaft nicht in der vorgeschriebenen Form festgestellt war, für den vor 1900 erfolgten Erwerb gegenwärtig noch maßgebend und zwar allen Gläubigern gegenüber, ohne Rücksicht, ob ihre Forderung vor oder nach dem 1. 1. 00 entstanden ist.

Art. 201. S. zu Art. 17. 1. SächsOLG. **27** 298 (Dresden). Die deutschen Gerichte sind zur Scheidung von Ehen schweizerischer Staatsangehöriger nicht zuständig (HaagEhescheidAbk. v. 12. 6. 02 Art. 5).

2. OLG. Marienwerder, OLG. **12** 317, R. **06** 754 (1811). Ist das die Scheidung aussprechende Urteil im Jahre 1898, das die Berufung endgültig zurückweisende Urteil 1900 ergangen, so ist die Ehe der Parteien als nach dem 1. 1. 00 geschieden anzusehen und die Zusprechung einer Vermögensabfindung als Scheidungsstrafe gemäß §§ 813, 785 II. 1 ALR. ausgeschlossen, denn die Scheidungsstrafe beruht nicht auf dem Scheidungsgrunde, sondern dem Scheidungsurteil, und dieses ist unter dem neuen Rechte ergangen.

Art. 203. S. zu Artt. 170, 199. I. Literatur. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Als prinzipale Vorschrift für den nur die Ehelichkeit der Kinder bestimmenden Art. 207 läßt 203 eine Ausdehnung des BGB. über 207 hinaus (Fuchs: auf Grund des an sich zweideutigen, durch „ob" zu ersetzenden „inwieweit", 207) nicht zu.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **06** Beibl. 60 (Hamburg). Die einjährige Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. für den Fall der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes kommt nach EG. Art. 203 bei Kindern, die vor 1900 geboren sind, nicht in Betracht und beginnt bei diesen auch nicht von 1900 ab zu laufen.

2. ElsLothJZ. **06** 275 (Colmar). Der Unterhaltsanspruch eines aus einer geschiedenen Ehe stammenden Kindes gehört ebenso wie derjenige der geschiedenen Ehefrau dem Familienrecht an; er untersteht aber gemäß Art. 203 EG. ohne Rücksicht auf die Zeit der Ehescheidung nur dem neuen Rechte.

3. SchlHolstAnz. **06** 346 (LG. Kiel). Ist dem Vater die Sorge für die Person des Kindes durch Beschluß entzogen (§ 1666 BGB.), so ist ihm auch das Bestimmungsrecht über die religiöse Erziehung des Kindes genommen, wenn es ihm auch nach dem durch Art. 134 aufrecht erhaltenen Landesrechte (holsteinischen Recht) zusteht.

Art. 206. (§ 1635 Abs. 1 BGB.) **RG. 62** 286 ff., R. **06** 369 (952), BayRpflZ. **06** 102/103, SeuffBl. **06** 101 ff., DJZ. **06** 430, JW. **06** 138. Durch diese Bestimmung ist eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 203, ohne Rücksicht darauf, ob beide Eltern noch leben, getroffen (§ 1638 Abs. 1 BGB.). Nach bayerischem subsidiären gemeinen Rechte hat die geschiedene Mutter des Kindes, welche sich wieder verheiratet, ein Klagerecht auf Herausgabe ihres Kindes gegen denjenigen, dem der Vater das Erziehungsrecht letztwillig übertragen hatte, nur dann, wenn der Vormund einverstanden war und das Vormundschaftsgericht ihr das Erziehungsrecht übertrug (s. JDR. **4** Art. 206 EG. Ziff. I 1, 2, II 1).

Art. 207. *M. Philler, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach BGB. Der Bestand der Ehe am 1. 1. 00 ist belanglos. Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt der Erzeugung oder Geburt, sondern der Eheschließung. Dem BGB. unterstehen nur die Kinder aus den nach dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen, nicht die nach dem 1. 1. 00 Geborenen (Spahn). — Die Fassung, „der Vater oder die Mutter" (Fuchs, Habicht) ist nicht begründet, da das EG. zu der vom BGB. selbst gegebenen Entscheidung, welcher von beiden Gatten eheliche Stellung hat, nicht befugt ist. („Inwieweit" s. zu Art. 203.)

Art. 208. 1. (BGB. § 1705, § 11.) SeuffBl. **06** 418, R. **06** 938 (2252) (BayObLG.). Der Wohnsitz eines vor dem 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kindes ist für die Zeit nach diesem Zeitpunkt nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen.

2. PuceltsZ. **06** 154 (Colmar). Für solche vor dem 1. 1. 00 geborene uneheliche Kinder, denen nach den für sie geltenden materiell-rechtlichen Bestimmungen ein Unterhaltsanspruch gegen ihren Erzeuger zusteht, ist das in Art. 340 Code civil enthaltene prozessuale Verbot nicht mehr in Geltung.

Art. 210. **a)** Weegmann, WürttZ. **06** 289 ff., 325 ff. Das Bestehen der württembergischen statutarischen Nutznießung, mag zwischen dem Nutznießer und den Kindern auseinandergesetzt sein oder nicht, macht stets die Anordnung einer Pflegschaft i. S. des § 1909 BGB. erforderlich. Eine unter früherem Rechte angeordnete Pflegschaft bleibt bestehen. **b)** KGJ. **31** A 86. Wenn der Erblasser vor 1900 gestorben ist, so ist für die Frage, ob das Gericht einem Ersuchen um Ernennung eines Testamentsvollstreckers zu entsprechen hat, das alte Recht maßgebend. Nach dem Rechte des PrALR. war dies zulässig, und zwar ist der Vormundschaftsrichter des für die Nachlaßregulierung zuständigen Gerichts dafür zuständig; eine Aufsicht über den ernannten Vollstrecker steht allerdings dem Vormundschaftsrichter nicht zu. (AA. Habicht, Einw. (3) 673).

Art. 213. I. Literatur. *Levi, Das Frankfurter Statutarerbrecht nach Einführung des BGB. Die Errungenschaftsgemeinschaft nach der Frankfurter Reformation galt vor dem 1. 1. 00 als gesetzliches Güterrecht in Frankfurt a. M.-Sachsenhausen und sechs vormals frankfurtischen Ortschaften der Umgebung von Frankfurt a. M.; ferner in zwei vormals frankfurtischen Ortschaften im Großherzogtum Hessen. — Das PrAGBGB. hat bei Überleitung dieser Errungenschaft in die Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. als eine Wirkung des ehelichen Güterstandes dem überlebenden Ehegatten auch in Sterbefällen nach dem 31. 12. 99 die alten Erbrechte zugesprochen, sofern er nicht in der Ausschlagungsfrist die öffentlich beglaubigte Form der Erbfolge nach BGB. wählt; es hat damit das sog. Frankfurter Statutarerbrecht erhalten, nach welchem dem überlebenden Ehegatten der lebenslängliche Beisitz am gesamten Nachlaß und außerdem zu Eigentum die halbeingebrachte Fahrnis, bei unbeerbter Ehe sogar die gesamte eingebrachte Fahrnis und die Errungenschaftshälfte des Erblassers zukommt, einem Stiefelternteil aber nur, wenn Kinder aus einer früheren Ehe vorhanden sind, die halbe Fahrnis (also ohne Beisitz) und höchstens im Betrage eines Kindesteils. — Dritte erben neben dem Statutarerben nach neuem Recht. — Doch führt die Aufrechterhaltung des Statutarerbrechts einerseits zu einer Umgestaltung ihrer regelmäßigen Rechte, wie andererseits umgekehrt die Einwirkung des neuen Rechtes eine Umgestaltung des Statutarerbrechts bedingt, so in den Voraussetzungen und dem Inhalt der Rechte, insbesondere Schuldenhaftung, Pflichtteilsrecht, Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft, Rechtsstellung der Erben, Erbschein und Grundbuchrecht. — Einschneidender wie das preußische gewährt das hessische Ausführungsgesetz, dessen Bestimmungen die PrVO. v. 20. 12. 99 übernimmt, dem überlebenden Ehegatten beim alten Güterstande der Frankfurter Reformation die Erbfolge nach BGB. und daneben den lebenslänglichen Nießbrauch am Nachlasse, soweit derselbe nicht an einseitige Abkömmlinge des Erblassers fällt.

II. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 161, 173, 181, 200, 214.

A. Testamentarisches Erbrecht. 1. Auslegung letztwilliger Verfügungen. **a**) R. **06** 1200 (2875) (Frankfurt). Bei Anwendung von Auslegungsregeln ist in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnisse und den Rechtszustand zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung zurückzugehen, namentlich wenn anzunehmen ist, daß die Ausdrucksweise der Verfügenden im Hinblick auf damals bestehende gesetzliche Bestimmungen gewählt ist und daß der Inhalt der Auslegungsregeln des alten Rechtes den Willen der Erblasser selbst beeinflußt hat (JW. **02** Beil. 216, **RG. 59** 84, OLG. **9** 395, Staudinger Bem. V zu § 2066, Habicht, Einw. 744). Der abweichenden Auffassung (Planck (3) EG. Artt. 214, 458, KG., OLG. **7** 357), daß die Auslegung einer vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Verfügung von Todes wegen nach den Auslegungsregeln des BGB. zu erfolgen habe, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. **b**) BayObLG. **7** 333. Haben Ehegatten in einem Erbvertrag wegen des Nachlasses des zuletzt versterbenden Teiles, in dessen Hand sich das beiderseitige Vermögen vereinigen soll, bestimmt, daß ihre nach der natürlichen Erbfolge berufenen nächsten Blutsverwandten ihre Erben sein sollen, so haben sie auf die zur Zeit des Todes des zuletzt versterbenden Teiles geltenden Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge verwiesen (s. JDR. **3** Art. 213 EG. B II 1 a—c, **4** I 1 a—c.

B. Einzelfragen. 1. Erbrecht des überlebenden Ehegatten. **a**) KG., KGJ. **31** A 55, R. **06** 1007 (2389). Ist der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben, so steht dem überlebenden Ehegatten die ihm im § 496 II. 1 ALR. eingeräumte Wahl, ob er nach den Gesetzen des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen oder nach denen des ersten ehelichen Wohnsitzes

erben wolle, selbst dann nicht zu, wenn die Verlegung des ehelichen Wohnsitzes vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat. **b**) KGJ. **30** A 72 (KG.). Hat der Güterstand einer am 1. 1. 00 bestandenen Ehe erbrechtliche Wirkungen, so sind diese, auch wenn einer der Ehegatten nach dem 1. 1. 00 verstirbt, ausschließlich für die Beerbung maßgebend, und es findet das Ehegattenerbrecht des BGB. nicht daneben Anwendung.

2. Erbrecht des Nacherben und des Vermächtnisnehmers. **a**) **RG.** JW. **06** 223 Nr. 5, R. **06** 622 (1506). Das Rechtsverhältnis von Erben aus einem gemeinschaftlichen Testament, so auch des Nacherben zum Vorerben des älteren Rechtes, ist, wenn auch einer der Erblasser erst 1900 verstorben, der Substitutionsfall also erst zur Zeit der Geltung des neuen Rechtes erfolgt ist, nach altem Rechte zu beurteilen. **b**) SächsRpflA. **06** 341, R. **06** 1265 (3081) (Dresden). Wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 gestorben ist, bestimmt sich auch die Ausgleichungspflicht (§§ 2050 ff.) und der Pflichtteilsanspruch (§§ 2315 ff.) nach dem BGB. **c**) SeuffA. **61** 469, ZBlFG. **7** 532 (414) (Bamberg). Die Ausgleichungspflicht gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen des Art. 213 EG. (Art. 200 EG., § 2050 BGB.).

3. Testamentsvollstrecker (s. JDR. **3** Art. 213 EG. B II Ziff. 6 a—e; **4** I Ziff. 2). **a**) KGJ. **31** A 87, R. **06** 1007 (2390), ZBlFG. **7** 212 (172). Wenn der Erblasser vor 1900 verstorben ist, so ist für die Fragen, ob das Gericht seinem etwaigen Ersuchen um Ernennung eines Testamentsvollstreckers zu entsprechen hat, welches Gericht zuständig ist, sowie ob und wie die Anordnung des Gerichts angefochten werden kann, allein das frühere Recht maßgebend. Über die Frage, ob der Erblasser das Gericht um die Ernennung ersucht hatte, kann nur im Prozeßweg entschieden werden. **b**) **RG.** DJZ. **06** 1262, R. **06** 1378 (3310). Die Haftung des Testamentsvollstreckers, dem der Erblasser völlig freies Ermessen eingeräumt hat, bestimmt sich bei Erbfällen vor dem 1. 1. 00 fortdauernd nach altem Rechte (§ 2220 BGB.). **c**) HansGZ. **06** Beibl. 231 (Hamburg). Wenn bei einer Nacherbschaft der Substitutionsfall erst nach 1899 eintritt, so beurteilt sich die Frage, ob der Rechtsnachfolger des weggefallenen Vorerben ein Vermögensverzeichnis zu geben hat, nach neuem Rechte. **d**) WürttZ. **06** 265, ZBlFG. **7** 391 (317) (Stuttgart). Eine Quasipupillarsubstitution kann nur noch als Nacherbeinsetzung (bei dem Tode des Aszendenten vor dem 1. 1. 00 als Universalfideikommiß) wirksam werden. **e**) SächsRpflA. **06** 338 (Dresden). Ist ein Vermächtnis erst nach dem 1. 1. 06 angefallen, so richtet sich die Frage, ob das Vermächtnis von dem Bedachten erworben ist, nach altem Rechte.

4. Einzelne Entscheidungen. **a**) KGJ. **30** A 63. Ist der Erblasser vor dem Jahre 1900 gestorben, so kann das Fehlen einer Bestimmung über die Bestellung des Vorstandes zur Versagung der Bestätigung der zu errichtenden Familienstiftung im bisherigen Geltungsbereiche des ALR. nicht führen; die fehlende Bestimmung kann durch einen Familienschluß ergänzt werden. **b**) PucheltsZ. **06** 333 (Colmar). Die Verpfändung eines Erbanteils ist auch nach französischem Rechte, welches nach Art. 213 EGBGB. für diese Frage maßgebend ist, möglich. Es ist zulässig, die auf einer französisch-rechtlichen Erbanteilsverpfändung beruhende Verfügungsbeschränkung des Erben auf den einzelnen Nachlaßgrundstücken zu vermerken. **c**) ElsLothNotZ. **06** 254 (LG. Mühlhausen). Eine Versteigerung der zu einer vor 1900 eröffneten Erbschaft gehörenden Grundstücke durch sämtliche Miterben hat den Charakter einer Lizitation (Art. 883 Code civil). Die dabei durch einen vor 1900 in Fahrnisgemeinschaft verheirateten Miterben erworbenen Grundstücke sind in sein Sondergut gefallen und gehören ihm als eingebrachtes Gut. **d**) SächsOLG. **27** 544 (Dresden).

§ 859 Abs. 2 ZPO. gehört zu den Bestimmungen der ZPO., welche das Erbrecht des BGB. zur Voraussetzung haben und deshalb im Hinblick auf Art. 213 EG keine Anwendung finden sollen und können, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 00 gestorben ist.

Art. 214. S. zu Artt. 200, 213, JDR. **3** Art. 214 EG. Ziff. 26. **a**) **RG. 62** 13, JW. **06** 24, GruchotsBeitr. **50** 106 ff., R. **06** 305 (735). (BGB. § 2079.) Ein unter der Herrschaft des PrALR. errichtetes wechselseitiges Testament bleibt trotz Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten und trotz späterer Geburt von Kindern jedenfalls soweit in Kraft, als der vorher verstorbene mittestierende Gatte der früheren Ehe letztwillig verfügt hatte, und selbst der Widerruf nach geschehenem Erbantritt, sofern zulässig, beeinflußt die letztwilligen Verordnungen des vorverstorbenen Ehegatten nicht in ihrer Fortgeltung. Was vom Widerruf gilt, muß auch von der Anfechtung aus § 2079 gelten. Diese gehört grundsätzlich zu den erbrechtlichen Verhältnissen im Sinne des Art. 213, auf die das neue Recht anzuwenden ist, und findet materiell zugleich ihre Grenze in der Vorschrift des Art. 214. **b**) (BGB. §§ 2271, 2294.) **RG.** JW. **06** 343, R. **06** 754 (1812). Die Unwiderruflichkeit des korrespektiven Testaments besteht bei einem später eingetretenen Enterbungsgrunde nach gemeinem Rechte nicht; der Enterbungsgrund ist nach altem Rechte zu beurteilen. **c**) **RG. 63** 120. Der vor dem 1. 1. 00 in einem korrespektiven Testament eingesetzte überlebende Ehegatte, welcher den Nachlaß des vorverstorbenen angetreten hat, kann nach früherem gemeinem Rechte seine in diesem Testament enthaltene Verfügung nachträglich aufheben, wenn ihm ein gesetzlicher Enterbungsgrund zur Seite steht. Auch das Vorhandensein eines solchen Enterbungsgrundes ist nach den früheren (landesrechtlichen) Vorschriften zu beurteilen. **d**) KG., KGBl. **06** 66, ZBlFG. **7** 211 (165). Der Erblasser kann ein Vermächtnis, das er selbst in einem wechselseitigen Testament angeordnet hat, nicht mehr widerrufen, wenn er den Nachlaß des anderen Ehegatten angetreten hat. **e**) R. **06** 1141 (2261) (BayObLG.). Für die Frage, inwieweit der Erblasser durch einen vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Erbvertrag in einer weiteren letztwilligen Verfügung gebunden ist, ist das frühere Recht maßgebend. **f**) KGJ. **30** A 76, R. **06** 185 (329). Ein vor dem 1. 1. 00 nach Art. 1094 Code civil abgeschlossener Schenkungsvertrag unter Ehegatten über den dereinstigen Nachlaß des einen von ihnen kann das mit dem BGB. eingetretene gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten einschränken oder beseitigen, sofern nach der Auslegung des Vertrags dies als Wille des Schenkenden anzusehen ist. **g**) SächsOLG. **27** 309, 310 (Dresden). Die Bestimmung des § 2325 Abs. 3 BGB. findet, da es sich bei ihr um erbrechtliche Verhältnisse handelt, auch auf Schenkungen Anwendung, die vor dem 1. 1. 00 erfolgt sind (**RG. 54** 241, **58** 127). Auch handelt es sich dabei nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Ausschlußfrist, für welche die Vorschrift des Art. 169 EG. nicht gilt. **h**) R. **06** 54 (52) (BayObLG.). (§§ 2077, 2279 BGB.) Ein Ehe- und Erbvertrag wird nicht schon dadurch unwirksam, daß die Ehegatten getrennt leben. Der zuerst versterbende Ehegatte kann das vertragsmäßige Recht des Bedachten nicht durch einseitige Verfügungen beeinträchtigen. **i**) HansGZ. **06** Beibl. 309 (Hamburg). Ein vor dem 1. 1. 1900 errichtetes Testament kann nach altem Recht und in den Formen des alten Rechtes widerrufen werden. **k**) SächsOLG. **27** 306 (Dresden). Die Unterzeichnung des Protokolls über Errichtung eines gerichtlichen Testamentes aus der Zeit vor 1900 mit (beglaubigtem) Handzeichen steht der Namensunterschrift gleich.

Art. 217. **RG.** JW. **06** 539, R. **06** 1201 (2876), ZBlFG. **7** 317 (261). Die Bestimmung des Art. 217 ist nur auf einen mit dem Erblasser geschlossenen Erbverzichtsvertrag (§§ 2346, 2352 BGB.) anwendbar, nicht auch auf einen

Vertrag, durch den der Erbe einem Miterben gegenüber auf sein Erbrecht verzichtet.

Art. 218. KGJ. 30 A 73, R. 06 185 (330). Es verstößt nicht gegen das Reichsrecht, wenn das PrAGBGB. dem überlebenden Ehegatten das Wahlrecht zwischen dem bisherigen güterrechtlichen Erbrecht und dem Erbrecht des BGB. gibt.

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Vorbemerkung: In Buch I HGB. ist eine vollständige Verschiebung des Schwergewichts der Judikatur festzustellen. Während in den früheren Jahrgängen die Fragen nach Begriff und Abgrenzung des Minderkaufmanns, nach der Firma im Prozeß und im Grundbuch, nach erlaubten und verbotenen Zusätzen der Firma und nach der Übertragung des Firmenrechts das Hauptinteresse in Anspruch nahmen, ist es von all diesen Fragen fast still geworden. Es wird dies wohl nicht mit Unrecht dahin gedeutet werden, daß Wissenschaft und Praxis sich über irgendeine der in diesen Fragen vertretenen Auffassungen geeinigt haben. Um so mehr ist die Literatur dafür überfüllt mit Entscheidungen zu den §§ 59, 70—74 HGB. Nicht als ob neue Kontroversen zu diesen Paragraphen aufgetaucht wären, sondern nur, weil vielfach in Kaufmannskreisen und der Tagespresse eine geradezu kritiklose Schwärmerei für die Kaufmannsgerichte herrscht, die häufig den Anlaß gibt, auch die selbstverständlichsten Entscheidungen dieser Gerichte zu veröffentlichen. Dies ist auch auf die vorwiegend Handelsrecht behandelnden wissenschaftlichen und halbwissenschaftlichen Blätter nicht ohne Einfluß geblieben. Im nachstehenden ist von dieser Judikatur nur das Allerwichtigste aufgenommen. Erfreulicher ist ein Wachsen des Materials zu den §§ 84, 93 HGB.; die Begriffe „Agent" und „Mäkler" befinden sich offenbar noch in einer Wandlung und streben über die Legaldefinitionen des HGB. hinaus. Diese mit Interesse zu beobachtende Entwickelung findet in der Literatur bereits ihren Ausdruck.

Literatur: Lehrbücher: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Stuttgart 1903. — Gareis, Das deutsche Handelsrecht (7). Berlin 1903. — Gierke, Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (6). Leipzig 1904. — Hahn, Das deutsche Handels- und Seerecht (2). Berlin 1905. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1905. — Kommentare und Handausgaben: Basch (6). Berlin 1905. — Düringer-Hachenburg. Stuttgart 1899/1905. — Friedberg (7). Leipzig 1904. — Gareis (3). München 1904. — Goldmann. Berlin 1901/1905. — Lehmann-Ring. Berlin 1899/1903. — Litthauer (13). Berlin 1905. — Makower (13). Berlin 1906. — Staub (8), jetzt Stranz-PinnerKönige. — Berlin 1906. — Zweinert. Leipzig 1904. — Frankfurter Handelsgebräuche, Gutachten, erstattet von der Handelskammer zu Frankfurt a. M. — Frankfurt 1906. — Die Handelsgesetze des Erdballs, begr. v. Borchardt, (3) v. Kohler-Meyer ꝛc. Berlin 1906.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. 1. Abs. 1. **a)** HansGZ. **06** Hauptbl. 156 (Hamburg). Der Kommanditist ist nicht Kaufmann; denn er betreibt das Handelsgewerbe der Kommanditgesellschaft nicht. **b)** OLG. **12** 413, R. **06** 1148 (KG.). Gewerblicher Natur ist ein Betrieb, welcher auf eine fortlaufende Reihe von Geschäften gerichtet und mit der Absicht verbunden ist, daraus dauernd Gewinn zu erzielen.

2. Abs. 2 Ziff. 1. **a)** OLG. **12** 435, R. **06** 1148 (Dresden). Der Lotteriekollekteur ist nicht Kaufmann. **b)** Dagegen Roßbach, DJZ. **06** 1015: Der Lotteriekollekteur ist Kaufmann; denn er kauft die Lotterielose in Weiterveräußerungsabsicht von der Lotteriedirektion, schafft also Wertpapiere an und veräußert diese gewerbsmäßig an die Spieler weiter. Dadurch, daß die Konzessionierung des Geschäftsbetriebs vorgeschrieben ist, daß den Kollekteuren ferner

über die Art des Geschäftsbetriebs, über die Höhe der Preise, der Lose und ihrer Gebühren in Gewinnfällen durch die Bestimmungen des Planes oder durch etwaige sonstige Anweisungen seitens der Direktion gewisse Vorschriften gemacht werden, wird der Charakter der Kaufmannseigenschaft nicht geändert. **c**) Ziff. 4. LG. Schwerin, MecklZ. **24** 348, ZBlFG. **7** 213. Ein Unternehmen, welchem zum Bankierbetriebe die Absicht der Gewinnerzielung fehlt, welches vielmehr (wie die Ersparnisanstalt zu Schwerin) nur bezweckt, die Einlagen der Mitglieder bei möglichst hoher Verzinsung möglichst sicher zu stellen, ist kein Kaufmann. — KfmG. Berlin, Plutus **06** 689. Der Inhaber eines Bureaus für Patentverwertungen ist nicht Kaufmann.

§ 2. KG., KGJ. **31** A 139, OLG. **12** 404, ZBlFG. **7** 49, DJZ. **06** 766, R. **06** 868. Wohnt in einem Hotelbetriebe der Lieferung von Speisen und Getränken keine selbständige Bedeutung bei, ordnet sie sich vielmehr dem Unternehmen der Zimmervermietung völlig unter und erscheint lediglich als ein Mittel zum Zwecke des letzteren Unternehmens, so kann dieses nicht den Inhaber zum Kaufmann machen, vielmehr bestimmt sich die Anmeldepflicht allein danach, ob das Unternehmen des Zimmervermieters nach § 2 der Eintragungspflicht unterliegt. Maßgebend hierfür ist, in welches Verhältnis die beiden Betriebe vom Unternehmer tatsächlich gesetzt sind. Ist die Schankwirtschaft nicht lediglich Mittel zum Betriebe der Gastwirtschaft, so ist der Hotelier Kaufmann. Geht die Schankwirtschaft über den Kleinbetrieb nicht hinaus, so ist zu prüfen, ob sie es etwa in Gemeinschaft mit der Gastwirtschaft tut, so daß die Frage, ob der Inhaber registerpflichtiger Vollkaufmann ist, sich nach dem Gesamtbetriebe bestimmen würde.

§ 3. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 3.

§ 4. 1. **RG.** JW. **06** 205, GruchotsBeitr. **50** 1017, ZBlFG. **6** 900, R. **06** 628, HoldheimsMSchr. **06** 165, ElsLothJZ. **06** 331 (ebenso **RG.** DJZ. **06** 1205, R. **06** 1382, JW. **06** 691). Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb sich in den Grenzen des Kleingewerbes bewegt (Handwerk), ist nicht nur der Geschäftsumsatz, sondern auch die ganze Art des Gewerbebetriebs, also die Art der Herstellung der Arbeitsprodukte, die Arbeitsteilung und überhaupt die ganze Einrichtung des Geschäftsbetriebs mit in Betracht zu ziehen. (Staub Note 3 zu § 4 erblickt allein in dem Umsatz das entscheidende Merkmal.) (Vgl. auch JDR. **2** § 4 Ziff. 1. u. 2, JDR. **3** § 4 Ziff. 1.)

2. SeuffBl. **06** 611 (Stuttgart). Ob ein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, richtet sich nach den konkreten Verhältnissen. Maßgebend sind namentlich die Höhe des Betriebskapitals, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten, Organisation des Betriebs, namentlich ob in der Hauptsache die persönliche Arbeitskraft des Inhabers zur Verwendung kommt oder ob eine größere Anzahl von Angestellten beschäftigt ist, Wechselverkehr, Beziehungen zu einem größeren Kreise von Lieferanten und Kunden, doch brauchen diese Merkmale nicht sämtlich vorhanden zu sein.

3. Abrahamsohn, Plutus **06** 119 ff., empfiehlt, entweder den Minderkaufleuten die Führung eines von ihrem bürgerlichen Namen abweichenden Geschäftsnamens zu verbieten, oder die gesetzlichen Haftungsgrundsätze bei der Firmenfortführung auf die Minderkaufleute auszudehnen.

§ 5. **RG.** (Strafs.) GoltdA. **53** 73, DJZ. **06** 263. Die mit der Eintragung in das Handelsregister begründete Vermutung, daß der Eingetragene Vollkaufmann sei, hat nur bürgerlich-rechtliche, nicht aber strafrechtliche Bedeutung, weil sie für das Strafrecht und das Strafverfahren mit dem Grundsatze der materiellen Wahrheit und deren Erforschung nicht vereinbar ist.

§ 6. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 6.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Literatur: Jacusiel, Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) am Handelsgeschäft. Berlin 1906.

§ 8. Vgl. JDR. 2 § 8.

§ 9. Vgl. JDR. 2—4 § 9.

§ 11. *Ungewitter, BayRpflZ. **06** 332. Das Registergericht wählt nach freiem Ermessen das für die Bekanntmachungen aus dem Handelsregister und aus dem Genossenschaftsregister bestimmte Blatt aus, Dienstanweisungen für die Auswahl des Blattes sind ausgeschlossen. Die die Wahl treffende Verfügung kann nicht angefochten werden, weil niemand da ist, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird.

§ 12. Vgl. JDR. 2—4 § 12.

§ 13. 1. Eintragungen ins Handelsregister. **a**) KGJ. **31** A 175 (KG.). Ist der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister des Sitzes der Aktiengesellschaft eingetragen, so ist bei der Eintragung in das Register einer Zweigniederlassung die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses nicht zu prüfen; dasselbe gilt von der Eintragung der erfolgten Erhöhung. **b**) Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 224. Der Registerrichter der Zweigniederlassung darf selbständig prüfen, ob eine Prokurenbestellung für die Zweigniederlassung zur Eintragung gelangen darf, wenn die Prokurenbestellung beim Gerichte der Hauptniederlassung erfolgt ist.

2. Firma der Zweigniederlassung. **a**) OLG. **13** 38, BauersZ. **13** 271, ZBlFG. **7** 318 (Darmstadt). Die Zweigniederlassung darf nicht eine von der Firma des Hauptgeschäfts abweichende Firma führen, unzulässig ist also: „Friedberger Bank, Filiale der Landgräflich Hessischen Landesbank". **b**) OLG. **12** 409, BauersZ. **13** 253, BankA. **5** 229, ZBlFG. **6** 888, 901, BayRpflZ. **06** 144, RJA. **7** 114, R. **06** 964 (München). Für die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft darf als Zusatz die Firma eines hinzu erworbenen Geschäfts gebraucht werden.

§ 14. Vgl. JDR. 2—4 § 14.

§ 15. *Jacusiel 63. Unter einzutragenden Tatsachen sind nicht nur die eintragungspflichtigen, sondern auch die eintragungsfähigen zu verstehen (vgl. auch Bem. zu § 25).

§ 16. Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 67. Ein Antrag an das Registergericht aus § 16 ist nicht durch den Nachweis bedingt, daß dem § 750 ZPO. (soweit er in Betracht kommt) genügt ist. Wohl aber muß dem Registerrichter, soweit eine Eintragung auf Grund eines Urteils nachgesucht wird, ein Urteil gemäß § 313 ZPO. vorgelegt werden, die Beibringung des Urteilstenors reicht gegenüber Ziff. 4 § 313 ZPO. nicht aus.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Literatur: Graßmann, Der Schutz des Firmenrechts. Würzburg 1906. — Jacusiel, Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) am Handelsgeschäfte. Berlin 1906. — Nelson, Die Haftung des Erben eines Handelsgeschäfts für die früheren Verbindlichkeiten. Berlin 1906. — Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1906.

§ 17. 1. BadRpr. **06** 66 (Karlsruhe). Die Vorschrift des Abs. 1 ist auf Gesellschaften nicht zu übertragen. Eine Gegenüberstellung von Firma und bürgerlichem Namen ist nur beim Einzelkaufmann möglich, auch sollte durch Abs. 2 nur die Streitfrage entschieden werden, ob der Einzelkaufmann unter seiner Firma verklagt werden könne.

2. Die Firma im Grundbuchverkehre. Nagelschmidt, DJZ. **06** 816, polemisiert gegen die JDR. **3** § 17 HGB. Ziff. 4b abgedruckte Entsch. des

BayObLG., daß die Firma der Zweigniederlassung nicht als Gläubigerin für eine von der Aktiengesellschaft erworbene Hypothek solle eingetragen werden können, weil die Zweigniederlassung kein selbständiges Rechtsdasein führe. N. meint, es handele sich gar nicht um Eintragung für eine selbständige Rechtspersönlichkeit, sondern nur darum, kenntlich zu machen, daß die Hypothek örtlich dem Geschäftskreise der Filiale zugehöre. — Das BayObLG. (BayObLG. 6 523) hat seine Ansicht aufrecht gehalten; das KG. (ebenda 527) hat dies reprobiert, weil für die Zweigniederlassung mit besonderer Firma diese der einzige Name der Zweigniederlassung sei, also als solcher auch eingetragen werden müsse. (Vgl. JDR. 3 § 17 HGB. Ziff. 4.)

3. Die Firma im Prozesse. **RG. R. 06** 255. Die Firma ist kein Rechtssubjekt, dem Parteifähigkeit zukommt. Die Klage richtet sich nur gegen die Person oder Personen, denen das Recht des Geschäftsbetriebs unter der Firma zusteht. Für die Handelsgesellschaft kommt trotz der Vorschrift des § 124 HGB. die des § 56 Abs. 1 ZPO. bezüglich der gesetzlichen Vertretung in Betracht. (Vgl. auch JDR. **2** § 17 HGB. Abs. 2 Ziff. 1.)

4. SeuffBl. **06** 299 (Stuttgart). Eine Firma erlischt, wie durch tatsächliche Aufgabe des Geschäfts, so auch durch andauernden Nichtgebrauch, mag auch der Eintrag der Firma fortbestehen.

§ 18. OLG. **12** 406 (KG.). Der Name „Eisenindustrie" in einer Firma kann über die Art und den Umfang des Geschäfts täuschen. Die Zulässigkeit dieser Bezeichnung dürfte bei der Zugrundelegung des richtigen Begriffs „Industrie" für die angemeldete Gesellschaft um deswillen zu verneinen sein, weil sie nur Patente und geschützte Gebrauchsmuster für Pferdeschoner und Ortscheite und ein Barkapital von 10000 M. hat. Es mag billig bezweifelt werden, ob derartige Mittel einen Betrieb in erheblichem Umfange, wie er mit dem Begriffe „Industrie" verbunden ist, gestatten. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß durch den Zusatz „Westdeutsche" die schon durch das Wort „Eisenindustrie" geweckte Vorstellung eines großen Unternehmens noch verstärkt werden kann, und es muß wiederum geprüft werden, ob der Umfang des angemeldeten Geschäfts dieser verstärkten Vorstellung noch gerecht wird, oder ob auch damit die Möglichkeit einer Täuschung besteht.

§ 19. HessRspr. **7** 3 (Darmstadt). In der Firma einer neu gegründeten offenen Handelsgesellschaft muß der eine Teilhaber durch den ihm zukommenden Namen kenntlich gemacht werden, es genügt nicht eine anderweitige Beschreibung seiner Person. Sind also die Inhaber der Firma Moses und Marianne Mayer, so darf die Firma nicht lauten: „L. Mayer Sohn u. Co.", auch wenn Moses Mayer der Sohn des L. Mayer ist.

§ 20. Vgl. JDR. **2** § 20.

§ 21. Vgl. JDR. **2** § 21.

§ 22. I. Abs. 1. 1. BayObLG., RJA. **7** 114, ZBlFG. **6** 888, OLG. **12** 409, KGJ. **31** A 301. Ein Zusatz zur Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft, durch den diese Firma als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet und ersichtlich gemacht wird, daß die Zweigniederlassung aus einem von der Aktiengesellschaft erworbenen Geschäfte gebildet ist, ist zulässig. Die von Staub (Anm. 6 zu § 201) vertretene Meinung, daß, abgesehen von einem etwa nach § 30 Abs. 3 HGB. gebotenen Zusatze, jeder andere Zusatz unzulässig sei, findet in den Vorschriften des HGB. keine Stütze. Wenn der Aktiengesellschaft nicht gestattet ist, neben der Gesellschaftsfirma eine zweite Firma zu führen, deren Erscheinung die der Firma eines selbständigen Handelsgewerbes ist, so steht dies einem Zusatze zu der Firma einer Zweigniederlassung nicht entgegen, der

an der Kennzeichnung der Zweigniederlassung als Zweiggeschäft der Aktiengesellschaft nichts ändert.

2. HessRspr. 7 41, ZBlFG. 7 213 (Darmstadt). Für die ausdrückliche Einwilligung in die Firmenfortführung ist keine bestimmte Form vorgeschrieben; es ist Tatfrage, ob der Wille sich in solcher Weise kundgegeben hat, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche gelten kann.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. 06 225. Im Falle einer Testamentsvollstreckung haben nicht die Erben zur Firmenfortführung ihre Einwilligung zu erklären, vielmehr liegt dies dem Testamentsvollstrecker ob. Die Tatsache, daß der Erblasser dem Vermächtnisnehmer das Geschäft vermacht hat, enthält noch nicht die Genehmigung des Erblassers zur Fortführung der Firma.

4. Marcus, HoldheimsMSchr. 06 313. Das Recht zur Übertragungsbewilligung einer Firma setzt befugte Firmenführung des auctor voraus; die bloße tatsächliche ungestörte bisherige Benutzung einer Firma genügt nicht zur Rechtfertigung der Anmeldung aus § 31 HGB.

5. *Jacusiel 30. Im Verhältnis der Parteien geht bei Veräußerung des Geschäfts im Zweifel das ganze Geschäft im weitesten Sinne auf den Erwerber über, auch die Passiva.

6. *Jacusiel 34. Der Veräußerer eines Handelsgeschäfts muß, auch ohne daß es eines besonderen Konkurrenzverbots bedarf, jeden Geschäftsbetrieb unterlassen, der die Übertragung der Kundschaft verhindert. (Ebenso OLG. 12 151 [Colmar].)

II. Abs. 2. 1. Sohm, Der Gegenstand 181, und Binder, Der Gegenstand, GoldschmidtsZ. 59 19 Anm. Pacht und Nießbrauch sind an einem Handelsgeschäfte nicht möglich, Pächter und Nießbraucher betreiben das Handelsgeschäft als ihr eigenes. Es liegt ein quasi ususfructus oder ein bloßes pachtähnliches Verhältnis vor.

2. *Jacusiel. a) (19 ff.) Der Vertrag über die Bestellung des Nießbrauchs am Handelsgeschäft ist formlos (vgl. o. Ziff. 1 zu § 311 BGB.). b) (27 ff.) Unter Übernahme auf Grund eines Nießbrauchs ist im Sinne dieser Bestimmung nicht an ein derartiges Verhältnis gedacht, daß der Nießbraucher das Geschäft im Namen des Eigentümers weiterführt, so daß dieser allein berechtigt und verpflichtet wird, sondern an eine Übernahme des ganzen Geschäfts durch den Nießbraucher im eigenen Namen, so daß er der Betreibende wird. Wirtschaftlich stellt sich dieser Vorgang als Erwerb auf Zeit dar. c) (36 u. 37.) Trotzdem nach BGB. der Nießbrauch an jedem einzelnen Gegenstande des Handelsgeschäfts nicht bei dem Handelsgeschäft als solchem stattfindet (auch die §§ 1085 ff. BGB. finden nicht Anwendung, vgl. o. zu § 1085 BGB.), muß bei der Beurteilung, was der Nießbraucher an Nutzungen erhält, doch die wirtschaftliche Einheit des Geschäfts zugrunde gelegt werden. Im Zweifel erhält der Nießbraucher nach Analogie von § 1655 BGB. den jährlichen Reingewinn.

3. *Jacusiel 32. Der Nießbraucher kann im Zweifel ein unter der gleichen Firma geführtes Zweiggeschäft beanspruchen (35), Übertragung der Firma kann er im Zweifel nicht verlangen. — Bei Übernahme der Firma wird der Nießbraucher als Inhaber ins Handelsregister eingetragen.

4. *Jacusiel 41. Der Nießbraucher erwirbt an den verbrauchbaren Sachen des Handelsgeschäfts (Waren) das Eigentum und an den unverbrauchbaren Sachen ein gegenüber den Vorschriften über den Nießbrauch im allgemeinen erweitertes Dispositionsrecht in Anlehnung an § 1048 Abs. 1 BGB.

5. *Jacusiel 73. Bei Beendigung des Nießbrauchs erlischt das Recht zur Fortführung der Firma; ein weiterer Gebrauch ist ein unbefugter und zieht die Folgen des § 37 HGB. nach sich. Der Eigentümer kann die Firma wieder ge=

brauchen, bedarf aber zur Anmeldung der Einwilligung des ehemaligen Nießbrauchers bzw. eines diese ersetzenden Urteils. — Hat der Nießbraucher das Geschäft unter eigener Firma fortgeführt, so ist die frühere Firma erloschen und kann nur wieder aufgenommen werden, wenn sie den Erfordernissen des § 18 HGB. entspricht. — Auch Nutznießung am Handelsgeschäft kommt vor, aber nur elterliche, nicht ehemännliche, da eine solche am Handelsgeschäfte der Frau nicht stattfindet (vgl. o. zu § 1367 BGB.). (93.) Für die elterliche Nutznießung gelten besondere Grundsätze. § 22 kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um Übernahme handelt.

§ 23. 1. *Ohmeyer 12, 25. Durch die Bestimmung des § 23 ist die Unternehmenseinheit insofern anerkannt, als die Firma ein untrennbares Akzessorium jenes Komplexes von Rechten, Rechtsverhältnissen und vermögenswerten Beziehungen bildet, welche in ihrer organisierten Vereinigung das Handelsunternehmen darstellen. Die Firma dient der Individualisierung des Betriebes und ist darum mit diesem verbunden.

2. **RG.** DJZ. **06** 711, R. **06** 810, JW. **06** 397, ZBlFG. **7** 49, 213. Der Vorbehalt eines verhältnismäßig untergeordneten Geschäftszweiges schließt die Annahme, daß das seitherige Handelsgeschäft in seinem wesentlichen Bestand auf einen Dritten übertragen sei, nicht aus.

3. Sohm, Der Gegenstand 181 Note 6, und Binder, Der Gegenstand, GoldschmidtsZ. **59** 19 Anm. 32. Bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Firma liegt trotz § 23 eine Veräußerung der Firma im technischen Sinne nicht vor. (Sohm 182.) — Binder, Rechtsstellung der Erben I 36. Dementsprechend kann die Firma und das Handelsgeschäft auch nicht vererbt werden, vielmehr hat nur der Erbe das Recht, das Geschäft des Erblassers tatsächlich fortzuführen und die Firma tatsächlich zu gebrauchen und dadurch zu seiner eigenen zu machen.

§ 24. KGJ. **31** A 152 (KG.). Eine Firma wird auch dann auf einen anderen übertragen, wenn der Einzelkaufmann einen persönlich haftenden Gesellschafter in sein Geschäft aufnimmt und die offene Handelsgesellschaft die frühere Firma fortführt.

§ 25. I. *Ohmeyer 11 ff. (vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 90 BGB.). Durch die Bestimmungen über Übertragung von Handelsgeschäften und insbesondere den im § 25 ausgesprochenen Satz, daß (unter bestimmter Voraussetzung) die Geschäftsschulden vom Geschäftsvorgänger auf den Nachfolger übergehen, erhält der Begriff der Unternehmenseinheit die ausdrücklich gesetzliche Anerkennung. Das Unternehmen als solches ist der Veräußerung, Vererbung oder Verpachtung fähig.

II. Abs. 1. 1. Formen des Erwerbes. **a)** **RG.** ZBlFG. **6** 72, DJZ. **06** 86. Die Frage, ob in der Rücknahme eines verpachteten Geschäfts durch den Verpächter in eigene Rechnung der Erwerb eines Handelsgeschäfts zu erblicken ist, ist zu bejahen. Wenn auch die Anwendung des § 25 auf das Pachtverhältnis nicht anzunehmen ist, so ist die analoge Anwendung geboten. **b)** Jacusiel 76. Ein Erwerb liegt auch nicht vor in dem Falle, daß der Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauchs das Geschäft wieder übernimmt; trotzdem sind die §§ 25, 26 analog anzuwenden. (AA. Düringer-Hachenburg 112, Goldmann zu § 25.) **c)** OLG. **12** 423, DJZ. **06** 770, R. **06** 868 (Karlsruhe). Wenn ein Handelsgeschäft verschiedene Geschäftszweige in sich schließt und diese in jeder Beziehung (nach Art Betrieb, Anlagen, Buchführung, Aktiven und Passiven) von anderen Zweigen getrennt gehalten sind, so unterscheidet sich die Abtrennung eines solchen Zweiges und dessen Erwerb durch einen anderen qualitativ in nichts von dem Erwerb des ganzen Handelsgeschäfts. **d)** HessRspr. **7** 41 (Darmstadt). Da die nutznießungs- und verwaltungsberechtigte Witwe

ein zum Nachlaß des Ehemanns gehöriges Handelsgewerbe unter der seitherigen Firma fortführen darf, darf sie es auch mit der weitergeführten Firma übertragen. **e**) *Jacusiel 28. § 25 gilt nicht für den Erwerb durch Vermächtnis, da dieser Erwerb von Todes wegen ist (§ 1369 BGB.), auch nicht für den Nießbrauch am Handelsgeschäft, da das HGB. den Nießbraucher nicht als Erwerber, sondern im Gegensatz dazu als Übernehmer bezeichnet (vgl. § 22 Abs. 1 mit Abs. 2). AA. D. 36. Auf beide Fälle ist aber § 25 analog auszudehnen.

2. SächsRpflA. **06** 131, R. **06** 868 (Dresden). Bei der Fortführung eines Handwerksgeschäfts unter der bisherigen Firma haftet der neue Inhaber nicht für die Verbindlichkeiten des früheren. — Ebenso **RG.** ElsLothJZ. **06** 330. § 25 findet nur auf Vollkaufleute Anwendung, also nicht auf die Ehefrau eines Fleischers, die von ihrem Manne dessen Geschäft übernommen hat.

3. Wirkungen. DJZ. **06** 204, R. **06** 315 (KG.). Auf denjenigen, der ein Geschäft mit dem Firmenrecht erworben hat und dieses Geschäft fortführt — sei es auch in vergrößerter oder veränderter Art — gehen die gewerblichen Auszeichnungen (Medaillen, Ehrendiplome) ohne weiteres über.

4. Verbindlichkeiten. R. **06** 63 (Stuttgart). Die Verfügung eines mehrere getrennte Handelsgewerbe betreibenden Einzelkaufmanns, mit welcher er eine nicht im Betrieb eines der Einzelgeschäfte entstandene Verbindlichkeit, etwa durch Vereinbarung mit dem Gläubiger, als Geschäftsschuld eines der verschiedenen Geschäfte erklärt und diesem Geschäfte zuweist, ist für den Rechtsverkehr wirkungslos und kann insbesondere nicht die Wirkung haben, daß beim späteren Verkauf des betreffenden Geschäfts, oder beim Eintritt eines Gesellschafters in dieses zufolge der gesetzlichen Vorschrift der §§ 25, 28 HGB. die Schuld auf den neuen Erwerber oder auf die Gesellschaft übergeht.

III. Abs. 2. *Jacusiel. Kenntnis des Dritten steht der Eintragung und Bekanntmachung bzw. Mitteilung gleich. § 15 Abs. 1 HGB. gilt auch hier trotz des „nur", da die exceptio doli niemals vom Gesetz abgeschnitten wird. — Ebenso gilt auch § 15 Abs. 2 HGB. Der Schuldner, der an den Erwerber zahlt, ist geschützt, wenn er die Eintragung weder kannte noch kennen mußte (vgl. Bem. zu § 15).

IV. Abs. 3. 1. *Jacusiel 5. Die prinzipielle Nichthaftung bei Nichtübernahme der Firma, wie sie Abs. 3 ausspricht, bezieht sich nicht nur auf die persönliche unbeschränkte Haftung, sondern auch auf die Haftung mit den übernommenen Gegenständen. (AA. Hellwig, Vortr. 401, 403.) Die Vorschriften der §§ 419, 1085, 1086 finden weder auf das Geschäft des Einzelkaufmanns noch auf das der offenen Handelsgesellschaft Anwendung (vgl. die Bem. zu diesen Paragraphen).

2. *Jacusiel. § 130 HGB. darf nicht analog auf den Erwerb des Geschäfts der offenen Handelsgesellschaft ausgedehnt werden.

3. *Jacusiel 68. Auch Abs. 3 gilt nicht für Minderkaufleute. Er enthält auch eine Vorschrift über Firmen. Abgesehen davon, daß er in dem Handelsfirma überschriebenen Abschnitt steht, setzt er voraus, daß der frühere Inhaber eine Firma führte.

§ 26. Vgl. JDR. **2** § 26.

§ 27. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 27.

§ 28. SächsRpflA. **06** 206, R. **06** 1203 (Dresden). Wenn zu dem bisherigen Inhaber einer Firma ein Gesellschafter hinzutritt, erlangen die Gläubiger des Geschäfts nicht an Stelle des einen Schuldners einen anderen, sondern neben dem ersten einen zweiten Schuldner.

§ 29. LG. I Berlin, KGBl. **06** 91. Die Zeichnung der Firma eines zu einem Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts hat im Falle der Bestellung eines Testamentsvollstreckers regelmäßig durch diesen, nicht durch die Erben, zu erfolgen.

§ 30. 1. HansGZ. **06** Hauptbl. 160 (Hamburg). Zwei Firmen mit den gleichen Nachnamen der Inhaber können durch abweichende Wahl der Vornamen immer noch genügend unterscheidbar gemacht werden, auch wenn dieser Nachname ein seltener und ungewöhnlich charakteristischer ist.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 141. Die gesetzliche Firmenbezeichnung, wie sie durch § 20 HGB. und § 4 G. betr. die G. m. b. H. vorgeschrieben ist, macht im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 die Beifügung eines Firmenzusatzes nicht entbehrlich. Eine „Bezeichnung" im Sinne des § 20 ist begrifflich etwas anderes als der „Zusatz" der §§ 18 Abs. 2, 30 Abs. 2.

3. BauersZ. **13** 271, R. **06** 1270 (Darmstadt). Die Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft darf, abgesehen von dem Zusatze des Abs. 3, keine von der Hauptniederlassung abweichende Firma führen.

§ 31. OLG. **11** 382 (Hamburg). Die Anmeldung des Austritts eines Gesellschafters hat zu erfolgen, auch wenn die Gesellschaft inzwischen in Konkurs geraten ist.

§ 33. OLG. **12** 412, R. **06** 1148 (KG.). Die Anmeldung ist eine persönliche Verpflichtung jedes Vorstandsmitglieds, deshalb ist das Ordnungsstrafverfahren gegen die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes der juristischen Personen zu richten, und zwar nur gegen diese persönlich.

§ 34. Vgl. JDR. **2** § 34.

§ 36. Vgl. JDR. **2—4** § 36.

§ 37. I. Abs. 1. 1. Umfang des Schutzes. **a)** RheinA. **102** I 66, ZBlFG. **6** 572 (Cöln). Besteht eine Firma aus dem notwendigen Hauptbestandteil und dem nicht notwendigen Zusatze, so genießt nur das zusammengesetzte Ganze Schutz, nicht der einzelne Bestandteil. Die Firma „Hotel Hüttenrauch vormals Blinzler" wird nicht verletzt durch den anderweiten Gebrauch der Firma „Hotel „Blinzler". **b)** RheinA. **102** I 66, ZBlFG. **6** 572 (Cöln). Dadurch, daß jemand von einem Minderkaufmann das Recht erworben hat, den von diesem gebrauchten Geschäftsnamen weiterzuführen, hat er nur ein obligatorisches Recht auf Gestattung gegen den Minderkaufmann, nicht aber ein gegen Dritte durch § 37 geschütztes Recht. **c)** RJA. **7** 199, ZBlFG. **7** 431 (KG.). In der Anbringung der abgekürzten Firma auf Waren und deren Verpackung liegt ein Firmengebrauch, so daß, wenn sich die Abkürzung bzw. die abgekürzte Firma als unzulässiger Eingriff in fremde Firmenrechte darstellt, § 37 Abs. 1 anwendbar ist.

2. Einschreiten des Registerrichters. **a)** KGJ. **31** A 147 (KG.). Der Umstand, daß ein kleingewerblicher Betrieb in das Handelsregister eingetragen worden ist, gibt dem Registergerichte das Recht zur Untersagung des Gebrauchs und zur Löschung der eingetragenen Firma. **b)** R. **06** 1270 (KG.). Das Registergericht kann zwar jemanden, der eine ihm nicht zustehende Firma führt, zur Unterlassung dieses Gebrauchs anhalten, es kann ihm aber nicht den Gebrauch einzelner Worte in der Firma untersagen, oder ihm die Änderung seiner Firma in einer bestimmten Richtung aufgeben. **c)** KGJ. **31** A 152 (KG.). Ist eine Firma in das Handelsregister eingetragen, obgleich sie nach Buch 1 Abschn. 3 HGB. dem Eingetragenen nicht zusteht und deshalb nicht eingetragen werden durfte, so ist sie zu löschen.

II. Abs. 2. 1. Marcus, R. **06** 1248 ff. Nicht bloß, wer in seinem Firmenrecht verletzt wird, sondern jeder, dessen Recht durch den unbefugten Firmengebrauch gekränkt wird, ist klageberechtigt. Immerhin muß aber ein Recht, das als solches geschützt ist, vorliegen, ein bloßes wirtschaftliches Interesse genügt nicht.

2. **RG.** JW. **06** 397, ZBlFG. **7** 213. Ein Hotel, das „Kurhaus Oberhof" firmiert, wird in seinen Rechten nicht dadurch verletzt, daß ein Arzt sein am gleichen Orte belegenes Erholungsheim „Kurhaus Marienbad" nennt. Allgemein übliche Bezeichnungen wie „Kurhaus" können nicht zugunsten des ersten Benutzers am Orte monopolisiert werden.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. 1. *Jacusiel 97. Bei Handelsgeschäften, die Minderjährigen gehören und nicht von ihnen selbständig betrieben werden, treffen die in diesem Abschnitt normierten Pflichten den gesetzlichen Vertreter.

2. **RG.** DJZ. **06** 1096. Sobald eine Eintragung definitiv in eines der Handelsbücher gemacht ist, liegt eine rechtserhebliche Privaturkunde vor, selbst wenn noch niemand außer dem Eintragenden die Eintragung gesehen hat.

§ 39. **RG.** BayRpflZ. **06** 123, BankA. **5** 189. Die Eröffnungsbilanz ist auch dann zu errichten, wenn bei Beginn des Geschäftsbetriebs aktives oder passives Vermögen nicht vorhanden ist.

§ 40. BauersZ. **13** 148. Für die Behandlung der Hypothekenschulden in der Bilanz gilt folgendes: In den Aktiven figurieren die Grundstücke zum Erwerbs- und Herstellungspreis, während in den Passiven ein besonderer Posten die hypothekarischen Belastungen aufzeigt. In den Bilanzen gewisser Großbanken werden die Hypotheken der eigenen Grundstücke nicht in einem besonderen Posten, sondern ganz allgemein unter den Kreditoren aufgeführt, hiergegen ist vom gesetzlichen Standpunkte nichts einzuwenden. Weder im § 261 HGB. noch im § 40 ist ein Gebot zur gesonderten Namhaftmachung der Hypothekenschulden enthalten.

§ 43. Vgl. JDR. **2** § 43.

§ 45. Vgl. JDR. **2—4** § 45.

§ 46. HessRspr. **7** 59, R. **06** 1270 (Darmstadt). Das dem Richter gewährte Recht, die Büchervorlage anzuordnen, darf nicht dazu dienen, zu einer Durchsuchung der Geschäftsbücher zu führen, um dem Gegner das Material zur näheren Begründung seiner Beanstandungen zu geben; denn nach § 46 soll von dem Inhalt der in einem Rechtsstreit vorgelegten Handelsbücher nur „soweit er den Streitpunkt betrifft" Einsicht genommen werden. Die sämtlichen Buchungen der bewirkten provisionspflichtigen Geschäfte aber einer Durchsicht unterziehen, um festzustellen, ob nicht irgendwelche direkte Geschäfte verheimlicht oder zu gering berechnet seien, dies gestattet der § 46 nicht. (Ebenso OLG. Posen, JDR. **4** § 45 HGB.).

§ 47. Vgl. JDR. **3** § 47.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handelsvollmacht.

Literatur: Thomas, Die Vollmacht des Prokuristen. Leipzig 1906. — Zander, Deutsche Handelsgebräuche. Zusammengestellt nach den Gutachten der Handelskammer und Vorsteherämter, HoldheimsMSchr. **06** 21 ff. u. 225 ff.

§ 48. 1. KGJ. **31** B 22 (KG.). Tritt ein persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so erlischt die von diesem erteilte Prokura. Erneuert die Gesellschaft die Prokura, so ist dies und jenes Erlöschen in das Handelsregister einzutragen; es genügt nicht, daß die Eintragung der von dem bisherigen Geschäftsinhaber erteilten Prokura ungelöscht bleibt.

2. LG. Frankenthal, ZBlFG. **7** 213, BayNotZ. **06** 98. Die Erteilung der Prokura an den Teilhaber eines in fortgesetzter Gütergemeinschaft betriebenen Handelsgeschäfts, wenn Verfügungsbefugnis durch das Gesetz ausgeschlossen ist, ist zulässig und eintragbar; zulässig ist auch die Eintragung, daß das Handelsgeschäft in fortgesetzter Gütergemeinschaft oder in Erbengemeinschaft geführt werde.

§ 49. 1. **a)** Marcus, DIZ. **06** 958. Der Prokurist kann eine Belastung des Grundstücks vornehmen, das er mittels desselben Aktes für seinen Prinzipal erwirbt. Eine Disposition über ein Grundstück, eine Verfügung über solches als unmittelbar wirksam gedacht, liegt hier nicht vor; die Wirksamkeit knüpft sich an den künftigen Eigentumserwerb. Im Moment der Verfügung ist das zu hypothezierende Grundstück noch nicht Eigentum des Prinzipals, die Einigung über die Belastung in Gestalt der künftig zur Entstehung gelangenden Hypothek ist vom Standpunkt des dadurch Berechtigten eine Reservation eines pfandrechtlich zu schützenden Forderungsrechts auf dem Boden des Grundstücksverkaufsvertrags. **b)** Ebenso sagt *Thomas 30, 31. Zur Bestellung einer Restkaufgelderhypothek beim Grundstückserwerb ist der Prokurist ermächtigt. (Anders KG., IDR. 4 § 49.) **c)** Thomas 30/31. Zur Begründung einer Eigentümergrundschuld ist der Prokurist ermächtigt, da diese keine Belastung darstellt. Ihre Übertragung fällt aus seiner Vollmacht jedoch heraus, da sie stets eine Belastung des Grundstückes bedeutet.

2. *Thomas 11—13. Auch der Prokurist unterliegt bei Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte der Bestimmung des § 174 BGB. Die Entscheidung ist aus EGHGB. Art. 2 zu entnehmen: Vergegenwärtigt man sich, daß § 174 BGB. ein sog. Bestimmungsrecht des Dritten aufstellt, vermöge dessen der Dritte einem gültigen Rechtsgeschäft des Bevollmächtigten unter gewissen Umständen die Wirksamkeit nehmen kann, so erhellt, daß weder das HGB., noch sein EG. dieser singulären Bestimmung Abbruch tun; auch durch § 15 HGB. wird die Anwendbarkeit von § 174 BGB. nicht berührt.

§ 50. 1. *Thomas 25/28. Auch der vom Vormund mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bestellte Prokurist eines Minderjährigen hat die volle im HGB. bestimmte und teilweise über die Vertretungsmacht des Vormunds hinausgehende Prokuristenvollmacht; insbesondere ist er nirgends von der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts abhängig. (Abweichend Cosack, HR. 106 ff., und Neumann, Handausg. II (4) Note 11 zu § 1822.) (41, 42.) Auch im Falle der sog. Kollusion liegt keine Beschränkung der Prokura durch das innere Verhältnis zum Geschäftsherrn vor.

2. KGJ. **32** A 203 (KG.). Zur Umschreibung einer durch Fusion in das Vermögen einer Aktiengesellschaft übergegangenen Hypothek auf die Firma einer Zweigniederlassung genügt nicht der Antrag des Prokuristen dieser Zweigniederlassung.

3. Abs. 3. Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 224. Bei der Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen eines Geschäftsinhabers reicht die Kennzeichnung durch einen Zusatz bei der Zeichnung der Zweigniederlassungsprokura nicht aus.

§ 51. R. **06** 945 (Colmar). Eine negative Anerkennung (§ 397 Abs. 2 BGB.), die von dem Prokuristen einer Firma bloß mit seinen Namen, ohne Beifügung des vorgeschriebenen, die Prokura andeutenden Zusatzes unterzeichnet worden, ist dennoch für den Prinzipal verbindlich, wenn feststeht, daß ersterer die Anerkennung innerhalb seiner Vertretungsmacht erklärt hat.

§ 53. Vgl. IDR. **2—4** § 53.

§ 54. BadRpr. **06** 107, R. **06** 1205 (Karlsruhe). Der Abschluß von Versicherungen der verschiedensten Art gehört zwar im allgemeinen zu den regelmäßigen Geschäftsvorgängen eines kaufmännischen Großbetriebs, nicht aber der Abschluß einer Kollektiv-Unfallversicherung derart, daß die Arbeiter auf Kosten der Fabrik gegen Unfälle in und außer dem Berufe versichert werden; sie geht über das Maß der vom Prinzipal seinen Angestellten normalerweise gewährten Fürsorge hinaus. Sie fällt daher nicht ohne weiteres unter die Handlungsvollmachten des § 54.

§ 55. I. Abs. 1. 1. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 21. Nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen ist ein Reisender, der Einkaufsvollmacht hat, nicht als ermächtigt anzusehen, ein von ihm abgeschlossenes, zum größten Teil erfülltes Geschäft hinsichtlich des Restes im Vergleichswege ohne ausdrückliche Zustimmung des Prinzipals aufzuheben.

2. BadRpr. **06** 1 (Karlsruhe). Dem Reisenden, welchem vertragsmäßig Platzspesen zugesagt sind, stehen solche zu, ohne daß im einzelnen von ihm eine Tätigkeit nachgewiesen zu werden braucht.

3. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 225. Bei dem Mangel einer Vereinbarung über die Höhe der täglichen Reisespesen hat ein Reisender nur soviel Spesen zu fordern, als er bar verauslagt hat. Ein ortsüblicher täglicher Reisespesensatz besteht (in Berlin) nicht.

4. R. **06** 1270 (Frankfurt). Ein Reisender, dem Vertrauensspesen bewilligt sind, darf nicht nach seinem Belieben Aufwand treiben, sondern muß auch beim Spesenverbrauch das Interesse seines Prinzipals wahren und darf nur einen den Umständen nach angemessenen Betrag zur Bestreitung seiner Ausgaben auf der Reise verwenden.

II. Abs. 2. 1. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 21. Sofern die Gewährung von Rabatten (Warenskonto) bei der von dem Reisenden vertretenen Branche üblich ist, gehört die Gewährung eines Rabatts auf den Kaufpreis bei Entgegennahme der Bestellung eines Kunden nach verkehrsüblicher Auffassung zu den Rechtshandlungen, die die Geschäfte eines Handlungsreisenden mit sich bringen, und auf welche sich daher die Handlungsvollmacht erstreckt.

2. **RG.** R. **06** 509. Die Inkassovollmacht des Abs. 2 kann dem Reisenden durch Mitteilung des Prinzipals an den Kunden wieder entzogen werden. Hierzu genügt auch ein Aufdruck auf der dem Kunden übersandten Faktura. Der Vermerk muß aber die Entziehung der Vollmacht klar erkennen lassen. Formeln wie „Zahlung erbitten direkt an uns" genügen nicht.

III. Abs. 3. **RG.** R. **06** 509. Der Geschäftsreisende darf zufolge seiner gewöhnlichen Handlungsvollmacht Erklärungen in Ansehung der Mangelhaftigkeit einer Ware zwar entgegennehmen, aber nicht mit Wirkung gegen den Prinzipal gutheißen, und er darf noch weniger fest abgeschlossene Geschäfte wieder aufheben.

§ 56. Vgl. JDR. **2** § 56.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Vorbemerkung: Über die Hochflut veröffentlichter Kaufmannsgerichtsjudikatur zu §§ 59, 70 ff. s. die generelle Vorbemerkung zu Buch I. — Die unausgetragene Streitfrage des § 63 ruht endlich. — Über die Frage nach dem Inhalte des Zeugnisses, nämlich, ob der Handlungsgehilfe einen Anspruch auf ein objektiv oder nur ein subjektiv richtiges Zeugnis habe, liegen drei divergierende Oberlandesgerichtsentscheidungen vor. Eine herrschende Meinung hat sich noch nicht gebildet.

Literatur: Hammer, Das Recht des Angestellten an seinen Erfindungen. Nürnberg 1907. — Jacusiel, Nutzungsrechte (Nießbrauch, ehemännliche und elterliche Nutznießung) am Handelsgeschäft. Berlin 1906. — Des, Handlungsgehilfen und Agenturrecht. Magdeburg 1906. — Zander, Handelsgebräuche, zusammengestellt nach den Gutachten der Handelskammern und Vorsteherämter, HoldheimsMSchr. **06** 21 ff. und 225 ff.

§ 59. I. Begriff des Handlungsgehilfen. 1. **RG.** JW. **06** 396, GewuKfmG. **11** 336, BadRpr. **06** 218. Der Buchhalter bei einem Dekorationsmaler ist Gewerbegehilfe. Es kommt nicht darauf an, daß er im wesentlichen kaufmännische Dienste geleistet hat, sondern daß er sie in einem Nichthandelsgewerbe geleistet hat.

2. GewuKfmG. 11 180 (AG. Mainz). Ein von einem Lotteriekollekteur beschäftigter Adressenschreiber ist weder Handlungs- noch Gewerbegehilfe, da er nicht kaufmännische Dienste, sondern untergeordnete Hilfsdienste leistet.

3. GewuKfmG. 11 183 (Stettin). Ein Oberkellner ist nicht Handlungsgehilfe, wenn seine Verkaufsvermittelung der feilgehaltenen Waren zurücktritt hinter der Tätigkeit beim Zimmervermieten und bei der Leitung des Hotelpersonals.

4. KfmG. Charlottenburg, GewuKfmG. 11 241. Der Bücherrevisor ist nicht Handlungsgehilfe.

5. KfmG. Berlin, Plutus 06 481. Stenographen sind keine Handlungsgehilfen.

6. KfmG. Liegnitz, GewuKfmG. 11 242. Die Wechselkassiererin in einem Automatenrestaurant ist Handlungsgehilfin.

7. KfmG. Berlin, Plutus 06 282. Angestellte, welche lediglich die Schaufenster- und Innendekoration vornehmen, sind nicht Handlungs-, sondern Gewerbegehilfen.

8. KfmG. Berlin, Plutus 06 337. Die Milchfahrer der Meierei Bolle sind nicht Handlungsgehilfen, sondern gewerbliche Arbeiter. ➠ In früheren Fällen hatte das KfmG. Berlin mehrfach entgegengesetzt entschieden. ⟵

9. KfmG. Dresden, GewuKfmG. 11 312. Die sogenannten Agenten der Singer-Company sind nicht Agenten, sondern Handlungsgehilfen, wenn sie für sich keinerlei Geschäftseinrichtungen besitzen, sondern ausschließlich mit denen der Firma arbeiten und sogar die schriftlichen Arbeiten nnr im Geschäftslokal der Firma erledigen, wenn sie zu täglicher Meldung und Berichterstattung dort erscheinen müssen und durch die geforderten Eintragungen über Beginn und Art der täglichen Dienste eine genaue Kontrolle stattfindet, wenn sie einen wöchentlichen Betrag als Existenzminimum fest beziehen und sogar einer Konkurrenzklausel unterworfen sind. Alle diese Umstände beweisen in ihrer Gesamtheit und nach der Art ihres Zusammentreffens, daß diese sog. Agenten als unselbständiges Glied dem Geschäftsbetriebe der Singer-Comp. ein- und untergeordnet sein sollen.

10. KfmG. Weißenfels, GewuKfmG. 11 201. Der Leiter einer Schuhfabrik ist nicht Handlungsgehilfe, sondern Betriebsbeamter i. S. des § 133a GewO.

11. KfmG. Berlin, Plutus 06 689. Der Angestellte einer Baufirma, welcher die Lohn-, Krankenkassen- und Invaliditätsbücher führt und die Arbeiter auf dem Baue beaufsichtigt, ist nicht Handlungsgehilfe. — Abweichend für einen ähnlich beschäftigten Werkstattschreiber KfmG. Berlin, Plutus 06 353.

12. KfmG. Berlin, Plutus 06 168. Der Sonntagskassierer im Abzahlungsgeschäft ist kein Handlungsgehilfe; er bezieht nur Provision.

II. Dienstleistung. 1. KfmG. Stettin, GewuKfmG. 11 242. Das Fortschaffen eines größeren Pakets gehört nicht zu den Obliegenheiten einer Verkäuferin.

2. OLG. 13 22 (Hamm). Ein in einem kaufmännischen Geschäft angestellter Lagerhalter muß ohne weiteres für den ihm übergebenen Warenbestand aufkommen, sich bezüglich jedes Fehlbetrags durch Nachweis des ordnungsmäßigen Abgangs ausweisen, andernfalls den Verlust ersetzen.

3. SeuffA. 61 410 (Bamberg). Der Handlungsgehilfe braucht nur dieenige Tätigkeit zu entfalten, für die er engagiert ist. Der Reisende einer Bierbrauerei ist also, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, nur zum Absatz von Bier verpflichtet. Soll er auch Bierkannen verkaufen, so liegt ein besonderer Auftrag vor.

4. *Jacusiel 34. Der Handlungsgehilfe ist keinesfalls verpflichtet, nach Veräußerung des Geschäfts beim Erwerber die Dienstleistung fortzusetzen (§ 613

BGB.). Abw. Staub Anm. 27 zu § 70. (66.) Er kann aber weitere Vergütung nicht fordern, wenn er ohne Grund die Dienste beim Erwerber nicht fortsetzt (§ 615 BGB.). Dies führt aber nicht zu dem gleichen Ergebnis, wie wenn man seine Verpflichtung zur Dienstleistung bejaht, da er so zwar event. den Anspruch auf Vergütung verliert, andererseits aber Konkurrenzklauseln außer Kraft treten. — Bleibt der Handlungsgehilfe beim Erwerber weiter tätig, so ist anzunehmen, daß der Dienstverpflichtete bei Annahme seiner Dienste und Schweigen des Veräußerers voraussetzen kann, daß der Veräußerer diese Tätigkeit als Erfüllung ihres Vertrages wünscht.

III. Entgelt. 1. R. **06** 63 (Hamm). Ein in dem Geschäfte seines Vaters beschäftigt gewesener Sohn kann, wenn er von dem Vater lediglich freien Unterhalt, aber kein Gehalt erhalten hat und auch nichts zu beanspruchen hatte, auch in dem später über das Vermögen des Vaters eröffneten Konkurse eine Gehaltsforderung weder mit noch ohne Vorrecht geltend machen.

2. SeuffBl. **06** 611 (Stuttgart). Reisespesen sind als Vergütung barer Auslagen vom Prinzipal im voraus zu bezahlen, der Reisende ist daher nicht verpflichtet, bezüglich ihrer, etwa durch Entnahme aus eigenen Mitteln, dem Prinzipal gegenüber in Vorschuß zu gehen.

3. KfmG. München, GewuKfmG. **12** 39. Die Abrede, daß ein Versicherungsinspektor nur dann das Gehalt für einen bestimmten Monat erhalten soll, wenn er in diesem die unbrauchbaren Abschlüsse des vorigen Monats durch bessere ausgleicht, ist nichtig.

4. Über den Anspruch auf Weihnachtsgratifikation s. bei § 64.

IV. Handelsbräuche. 1. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 21. Wenn ein Handlungsgehilfe mit einmonatlicher Kündigung angestellt ist, und der letzte Tag des Monats auf einen Sonntag fällt, so tritt nach kaufmännischer Auffassung an die Stelle des Sonntags auch dann der nächstfolgende Werktag, wenn der Handlungsgehilfe an dem Sonntag während der gesetzlich zulässigen Zeit beschäftigt worden ist.

2. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 21, 225. Die Unkosten einer persönlichen Vorstellung sind dem Stellungsuchenden von der betr. Firma zu ersetzen, wenn diese dem Handlungsgehilfen eine direkte Aufforderung, sich bei ihr vorzustellen, hat zugehen lassen.

§ 60. OLG. **11** 382, R. **06** 315, BadRpr. **05** 242 (Karlsruhe) und übereinstimmend Darmstadt, GewuKfmG. **11** 375. Die Verletzung des Konkurrenzverbotes stellt sich nicht als Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht, sondern als Verstoß gegen eine kraft Gesetzes unmittelbar aus dem Vertrage entspringende Vertragspflicht dar, die am gleichen Orte wie die allgemeinen Dienstpflichten zu erfüllen ist. Dort ist also auch das Eintrittsrecht des § 61 im Wege der Klage geltend zu machen.

§ 61. **RG.** R. **06** 1012, JW. **06** 398. Die zunächst für die Schadensansprüche des Prinzipals sowie für seinen Anspruch auf Eintritt in die von dem Handlungsgehilfen widerrechtlich abgeschlossenen Geschäfte bestimmte dreimonatige Verjährung findet bei der Gleichartigkeit des gesetzgeberischen Grundes auch auf den Anspruch des Prinzipals, daß der Handlungsgehilfe bestimmte Konkurrenztätigkeit unterlasse, Anwendung.

§ 62. 1. LG. I Berlin, DJZ. **06** 604. Die Verletzung der Fürsorgepflicht des § 62 ist nicht unerlaubte Handlung, sondern Vertragsverletzung. Der Anspruch daraus gehört also vor die Kaufmannsgerichte.

2. OLG. **11** 164, BankA. **5** 46 (KG.). Ansprüche, die nicht aus dem Dienstvertrage unmittelbar, sondern lediglich aus einer unerlaubten Handlung des Prinzipals gemäß § 62 Abs. 3 hergeleilet werden, gehören zur Zuständigkeit der

ordentlichen Gerichte. Hierher gehört auch der Schadensersatzanspruch wegen unzulässiger Arbeitsüberbürdung.

3. KfmG. Stettin, GewuKfmG. **11** 291. Der Schaufensterdekorateur darf den Dienst ohne Kündigung verlassen, wenn ihm eine schadhafte Leiter gestellt wird.

§ 63. 1. Abs. 1. **a)** Lüder, DJZ. **06** 649, ficht mit den bekannten Argumenten dafür, daß Abs. 1 § 63 nicht zwingendes, sondern nur dispositives Recht enthält. Vgl. JDR. **4** § 63 HGB. Ziff. 1. **b)** KfmG. Danzig, Gewu. KfmG. **11** 355. Eine geschlechtliche Erkrankung kann nicht ohne weiteres als unverschuldet gelten. Vgl. aber auch JDR. **3** § 63 HGB. Ziff. 1 und JDR. **2** § 63 Ziff. 1. **c)** KfmG. München, GewuKfmG. **12** 8. Die sechswöchige Frist des Abs. 1 beginnt mit der Erkrankung, nicht mit der Entlassung.

2. Abs. 2. KfmG. Chemnitz, GewuKfmG. **11** 289. Der erkrankte Handlungsgehilfe braucht, soweit es sich um eine gesetzliche Krankenversicherung handelt, sich nicht die Krankenunterstützung kürzen zu lassen, wenn der Prinzipal statt des gesetzlichen Drittels die vollen Versicherungsbeiträge aus eigenen Mitteln entrichtet hat.

§ 64. 1. OLG. **12** 417, R. **06** 1148 (Hamburg). Auch wenn die Weihnachtsgratifikation als fester Zuschlag zum Salär sich darstellt, ist sie nur unter der Voraussetzung zahlbar, daß der Handlungsgehilfe zu Weihnachten im Dienste des Prinzipals gestanden hat. Hat der Vertrag infolge Verschuldens des Angestellten vorher sein Ende erreicht, so hat er den Anspruch verwirkt. Ebenso KfmG. München, GewuKfmG. **11** 219. — Abweichend KfmG. Berlin, Plutus **06** 184.

2. KfmG. Mannheim, GewuKfmG. **11** 269. Der Angestellte erwirbt durch die regelmäßige jahrelange Zahlung der Weihnachtsgratifikation noch keinen Anspruch auf diese.

3. Ebenso KfmG. Berlin, Plutus **06** 616. Der Handlungsgehilfe hat keinen Anspruch auf die Abschlußgratifikation, wenn er vor deren Zahlungstermin austritt.

4. OLG. **13** 145, SchlHolstAnz. **06** 274 (KG.). Die Rückforderung eines Gehaltsvorschusses gründet sich ohne Rücksicht darauf, ob eine Bereicherung vorliegt, auf den Dienstvertrag und gehört deshalb vor das Kaufmannsgericht.

§ 65. 1. R. **06** 63 (Hamm). Wenn einem gegen feste Bezüge angestellten Handlungsgehilfen eine besondere Provision für diejenigen Geschäfte versprochen wird, die von ihm angebahnt und abgeschlossen werden, so genügt es für den Erwerb der Provision nicht, daß der Handlungsgehilfe zu dem Abschlusse eines Geschäfts in irgendeiner Weise mitwirkt, vielmehr muß das Geschäft durch seine Initiative zustande gekommen sein. Andererseits ist nicht erforderlich, daß der Abschluß des Geschäfts außerhalb des Geschäftslokals des Prinzipals erfolgt.

2. KfmG. München, GewuKfmG. **11** 356. Bei Provisionsberechnung nach dem „Jahresumsatz" sind die Eingänge nicht provisionspflichtig, welche innerhalb des Geschäftsjahres aus Geschäften eingehen, die zu einer Zeit abgeschlossen wurden, da der Provisionsberechtigte bei dem Beklagten noch nicht angestellt war.

3. KfmG. Stettin, GewuKfmG. **12** 40. Ein Bureauangestellter einer Feuerversicherungsgesellschaft, der nebenher Versicherungen gegen Provision abschloß, kann nach seinem Abgange weitere Provision aus den weiter eingehenden Jahresprämien nicht fordern, wenn ihm bekannt war, daß auch für die Agenten der Gesellschaft ein solches Recht vertragsmäßig ausgeschlossen war.

§ 66. KfmG. Danzig, GewuKfmG. **12** 9. Nimmt der Handlungsgehilfe eine verspätete Kündigung stillschweigend an und verläßt zum gekündigten Termin den Dienst, so verliert er das Recht, die Verspätung nach §§ 66, 67 geltend zu machen.

§ 67. KfmG. Danzig, GewuKfmG. **11** 202. Die Abrede, nach der der Angestellte während der Kündigungszeit nur einen Bruchteil seines bisherigen Gehalts erhalten soll, ist nichtig. Nach § 67 müssen die Kündigungsfristen für beide Teile gleich sein. Diese Bestimmung darf nicht durch eine Abrede umgangen werden, die dem Angestellten finanzielle Nachteile (z. B. Lohnverwirkung) für den Fall auferlegt, daß er kündigt, wenn der Arbeitgeber nicht in gleichartiger Weise beschränkt ist.

§ 68. Vgl. JDR. 3 § 68.

§ 69. 1. KfmG. Berlin, DJZ. **06** 92. Ein Handlungsgehilfe gilt nicht zu vorübergehender Aushilfe gegen tägliche Kündigung angenommen, wenn es dem Prinzipal darauf ankommt, die Fähigkeiten des Gehilfen zu erproben. In diesem Falle gelten die §§ 66, 67 HGB. hinsichtlich der Kündigungsfrist, ohne Rücksicht auf den von den Parteien gewählten Ausdruck.

2. Springer, Der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses, Gruchots Beitr. **50** 772. Die Anstellung zur Probe im früheren Sinne, d. h. mit dem Recht täglicher Auflösung ist zufolge § 67 nicht mehr zulässig; da sie durch die Ausnahme des § 69 aber nicht berührt wird, so ist eine Probeanstellung auf unbestimmte Zeit nur in der Weise gestattet, daß die Kündigung nicht vor Ablauf eines Monats erfolgen darf. Man zieht daher nun vor, den Gehilfen auf eine bestimmte kurze Zeit zum Zwecke der Probe anzustellen. In solchem Falle kann die Zeit weniger als einen Monat betragen. Da die Absicht der Erprobung nur Beweggrund ist, so sind beide Teile an die Absprache der Dauer gebunden. Wird das Verhältnis nach Ablauf der Probezeit weitergeführt, so setzt es sich auf unbestimmte Zeit fort.

§ 70. 1. Kündigungsgrund. **a)** RG. JW. **06** 813. Die Frage, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung nach §§ 70 ff. vorliege, ist keine Rechts-, sondern lediglich eine Tatfrage, die der Richter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach freiem Ermessen zu beantworten hat. **b)** Kfm. Berlin, GewuKfmG. **12** 42, Plutus **06** 568. Ein nur zur Kündigung benutzter Grund kann nicht nachträglich als Entlassungsgrund geltend gemacht werden.

2. Einzelfälle. **a)** KfmG. München, GewuKfmG. **12** 42. Es ist kein Grund zur sofortigen Entlassung, wenn ein Angestellter einen Mitangestellten auffordert, mit ihm gemeinsam zwecks Gründung eines Konkurrenzgeschäfts auszutreten. Es kann dem Handlungsgehilfen nicht verwehrt werden, seine in der Stellung erworbenen Fähigkeiten dazu zu benutzen, sich selbständig zu machen und sich für diesen Fall um geeignetes Hilfspersonal umzusehen, solange er nicht hierdurch das Geschäft seines Prinzipals in direkt illoyaler Weise schädigt. **b)** KfmG. Hamburg, GewuKfmG. **12** 42. Der ungerechtfertigte Vorwurf unehrenhafter Handlung (Verweigerung einer Arbeitsversäumnis, für die sonst Vertretungskosten berechnet werden) berechtigt den Handlungsgehilfen zum sofortigen Austritt. **c)** LG. Elberfeld, GewuKfmG. **12** 42. Der dem Reisenden gemachte Vorwurf, er handle taktlos, indem er weitere Ansprüche auf Reisetätigkeit mache, trotzdem er die Spesen nicht verdiene, ist Grund zum sofortigen Austritt. **d)** LG. Hagen, GewuKfmG. **12** 42. Ein Handlungsgehilfe kann sofort entlassen werden, wenn er einer weiblichen Angestellten unsittliche Bilder zeigt, und sie durch unsittliche Redensarten belästigt. **e)** LG. Stettin, GewuKfmG. **12** 42. Ein Kahncharterungs-Expedient kann sofort entlassen werden, wenn er einmal im trunkenen Zustande im Geschäftslokal erscheint und sich hierbei unpassend gegen seinen Prinzipal benimmt. **f)** LG. Elberfeld, GewuKfmG. **12** 42. Ungenügende Erfolge eines Handlungsreisenden sind kein Grund zur Entlassung ohne Kündigung. **g)** KfmG. Hamburg, GewuKfmG. **12** 42. Eine bei einer Aktiengesellschaft angestellte Kontoristin kann nicht sofort entlassen werden, weil sie trotz Verbotes

mit einem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied weiter verkehrt, auch dann nicht, wenn sie während ihrer Mußestunden für dieses Vorstandsmitglied Briefe nach Diktat schreibt. **h**) KfmG. Reutlingen, GewuKfmG. **12** 42. Die Weigerung eines Buchhalters, abwechselnd mit anderen Angestellten „die Jour“ zu übernehmen, d. h. das Geschäftslokal zu öffnen, zu schließen usw., ist kein Grund zur sofortigen Entlassung, wenn diese Arbeiten weder ortsüblich noch in dem Anstellungsvertrage besonders bedungen sind. **i**) KfmG. Danzig, GewuKfmG. **11** 220. Eine Verkäuferin darf nicht sofort entlassen werden, weil sie sich von einem Manne „aushalten“ läßt.

3. Folgen der Kündigung. DJZ. **06** 660 (Marienwerder). Hat sich bei vorzeitiger Entlassung des Handlungsgehilfen der Prinzipal durch den Verzug außerstande gesetzt, dem Kläger die vertragsmäßige Naturalleistung, nämlich Kost und Wohnung, während der kritischen Zeit zu gewähren, so hat er ihm eine angemessene Vergütung in Geld für die ihm entgangene freie Station zu zahlen. Dies ergibt sich aus §§ 266 und 251 BGB. Diese Vergütung hat die Natur einer vertragsmäßigen Leistung, demzufolge wird der Anspruch des Klägers auf Zahlung dieser Vergütung nicht dadurch beeinträchtigt, daß er von seiner Mutter in der kritischen Zeit unentgeltlich Wohnung und Beköstigung erhalten hat.

§ 72. 1. Ziff. 1. **a**) KfmG. Stettin, GewuKfmG. **11** 311. Das Wegengagieren eines Werkmeisters durch den noch ungekündigten Handlungsgehilfen und des Letzteren wissentlich falsche Antwort auf die Frage, ob er ein Konkurrenzgeschäft errichte, stellt sich als grober Vertrauensmißbrauch dar, wegen dessen der Gehilfe sofort entlassen werden kann. **b**) KfmG. Berlin, Plutus **06** 820. Der Kläger hatte sich verpflichtet, nachmittags bei einer anderen Firma tätig zu sein, während einer Zeit, für die er noch der Beklagten verpflichtet war. Das Gericht erblickt hierin Untreue, die die Entlassung rechtfertige. **c**) KfmG. Stettin, GewuKfmG. **11** 201. Der Rayonchef eines Warenhauses kann wegen Annahme von Schmiergeldern sofort entlassen werden. **d**) KfmG. Berlin, Plutus **06** 726. Abweichen des Reisenden von den ihm vorgeschriebenen Verkaufspreisen, indem er einzelnen Detaillisten so billig wie den Exporteuren verkaufte, rechtfertigt die Entlassung. **e**) KfmG. Breslau, GewuKfmG. **11** 177. Ein Buchhalter kann ohne Einhaltung der Kündigungsfrist entlassen werden, wenn er einem Mitangestellten zum Kontraktbruch behilflich ist. Zur Verletzung der Treupflicht genügt schon, daß er, in Kenntnis von der Absicht des Kontraktbruches, ihm heimlich die Invalidenversicherungsquittungskarte herausgibt.

2. Koalitionsrecht und Treupflicht. *Baum, GewuKfmG. **11** 325. Entgegen der Entscheidung des OLG. Dresden v. 18. 10. 02 (OLG. **6** 4) ist anzunehmen, daß bei dem Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen eine besondere über die Erfüllungspflicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) herausgehende Treupflicht nicht besteht. Prinzipal und Angestellter stehen sich nicht anders gegenüber als die Kontrahenten jedes anderen Vertrags. Ebenso wie der Prinzipal bei Ausübung seines Kündigungsrechts nicht darauf Rücksicht zu nehmen braucht, ob der gekündigte Gehilfe hierdurch in Not gerät, kann auch der Gehilfe kündigen, obwohl er weiß, daß der Prinzipal durch seinen Abgang geschäftliche Nachteile erleiden wird. Er kann auch die Kündigung dazu benutzen, um auf die Entschließung des Prinzipals einen Druck auszuüben. Es ist deshalb auch nicht unzulässig, wenn sich die sämtlichen Angestellten eines Prinzipals vereinigen, um durch Kollektivkündigung auf den Prinzipal einzuwirken. Die Benutzung wirtschaftlicher Macht zur Ausübung eines Druckes ist lediglich insoweit verboten, als sie gemäß § 138 BGB. unter den Begriff des Wuchers fällt.

3. Ziff. 2. **a**) KfmG. Berlin, Plutus **06** 671. Eine einseitige Abänderung der vereinbarten Geschäftszeit durch den Prinzipal ist unzulässig. Der Hand-

lungsgehilfe, der sich dieser Abänderung widersetzt, handelt nicht gegen Ziff. 2 § 72. **b**) KfmG. Rixdorf, GewuKfmG. **12** 62. Der Leiter einer Filiale muß sich gefallen lassen, daß er als Kassierer in das Hauptgeschäft versetzt wird. Auch im Hauptgeschäft bekleidet er dann eine Vertrauensstellung. Die Weigerung dieser Versetzung nachzukommen, gibt dem Prinzipal einen berechtigten Grund zur sofortigen Entlassung. **c**) KfmG. Berlin, Plutus **06** 584. Unter Umständen muß ein Handlungsgehilfe auch körperliche Arbeiten, die ihm sonst nicht obliegen, ausführen, aber die Verweigerung solcher Arbeiten durch den Angestellten ist kein Entlassungsgrund, wenn die Anordnung, er solle diese unter dem Niveau seiner Berufsarbeiten liegenden Arbeiten ausführen, ohne vernünftigen Grund gegeben worden ist. **d**) LG. I Berlin, GewuKfmG. **11** 334. Der Angestellte ist nicht verpflichtet, sich im Krankheitsfalle vom Vertrauensarzt des Chefs untersuchen zu lassen. In der Wahl seiner Mittel, dem Prinzipal seine Arbeitsfähigkeit nachzuweisen, ist er unbeschränkt. Ein Ungehorsam würde in dem Verhalten des Klägers nur dann zu erblicken sein, wenn er vertragsmäßig die Verpflichtung übernommen hätte, sich bezüglich des Nachweises, daß er durch Krankheiten an der Leistung der ihm obliegenden Dienste verhindert sei, der von dem Chef verlangten Beschränkung zu unterwerfen. (Ebenso KfmG. Berlin, Plutus **06** 726.)

4. Ziff. 3. **a**) KfmG. Danzig, GewuKfmG. **11** 335. Der Handlungsgehilfe in einem *Delikateßwarengeschäft* kann wegen geschlechtlicher Erkrankung sofort entlassen werden. **b**) *Altmann*, R. **06** 110, polemisiert gegen eine Entscheidung, die dahin ergangen ist, daß höhnisches und barsches Benehmen eines Angestellten gegenüber dem Prinzipal bei ungerechtfertigten Aufträgen von dessen Seite nicht zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses genügt. Diese Entscheidung sei geeignet, jede geschäftliche Disziplin zu untergraben.

§ 73. 1. *Inhalt des Zeugnisses.* **a**) *Bendix*, ABürgR. 28 94. Über die Frage, ob ein objektiv oder subjektiv richtiges Zeugnis auszustellen ist, über die Bedeutung der Worte „bei Beendigung eines Dienstverhältnisses" und über „Recht und Pflicht zu Nachträgen und Zusätzen im Zeugnis" s. bei § 630 BGB. **b**) OLG. **12** 421, R. **06** 1148 (Dresden). Das Zeugnis ist so auszustellen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Insbesondere über die Leistungen und die Führung des Angestellten hat sich der Dienstherr nach bestem Wissen und Gewissen zu äußern, sein Zeugnis muß durchaus der *Wahrheit* entsprechen. **c**) Nicht ein *objektiv*, sondern nur ein *subjektiv* richtiges Zeugnis verlangt: OLG. **12** 418, R. **06** 1148 (KG.). Der Prinzipal ist nur verpflichtet, seine *eigene Ansicht* über Leistungen und Führung des Angestellten zu äußern und dabei seiner Überzeugung Ausdruck zu geben. Nur wenn dem Dienstherrn nachgewiesen werden kann, daß sein im Zeugnis zum Ausdruck gebrachtes Urteil seiner wirklichen Überzeugung widerspricht, daß er es also wider besseres Wissen abgegeben hat, kann der Angestellte beanspruchen, daß der Dienstherr ein seiner wirklichen Meinung entsprechendes Zeugnis ausstelle. **d**) Eine mittlere Stellung nimmt ein: OLG. **12** 419, R. **06** 1148 (Braunschweig). Die den Verkehrsbedürfnissen entsprechende gedrängte Fassung des Zeugnisses hat allerdings meist zur Folge, daß das Urteil des Dienstherrn in den Vordergrund und die tatsächliche Unterlage in den Hintergrund tritt. Das Urteil ist jedoch in diesen Fällen nur eine Zusammenfassung von Äußerungen über tatsächliche Vorgänge und es läßt sich in seine Bestandteile tatsächlicher Art auch wieder auflösen. Der Dienstverpflichtete hat Anspruch auf ein materiell richtiges Zeugnis auch über seine Leistungen und seine Führung, so daß das Gericht auch die Richtigkeit des Urteils des Prinzipals in dieser Richtung nachzuprüfen hat. **e**) KfmG. Stettin, GewuKfmG. **11** 270. Der Prinzipal ist nicht verpflichtet, im Zeugnisse den Zusatz zu machen, daß der Ge-

hilfe die Stellung auf eigenen Wunsch verlasse. **f**) LG. Karlsruhe, GewuKfmG. **11** 204. Ein Handlungsgehilfe kann die Angabe im Zeugnisse verlangen, daß er „als erster Verkäufer" tätig war.

2. OLG. **12** 419, R. **06** 1148 (KG.). Dem Prinzipal kann nicht die Beweislast für die Richtigkeit des Zeugnisses aufgebürdet werden.

3. LG. München, SeuffBl. **06** 561. Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses gemäß § 73 ist ein vermögensrechtlicher, und daher gemäß § 3 ZPO. nach freiem Ermessen zu schätzen. — Maßgebend für die Höhe des Streitwerts ist das Interesse des Klägers an der Ausstellung des Zeugnisses, die Höhe des Gehalts des Antragstellers, die durch Vorenthaltung des Zeugnisses erwachsene Schädigung, die Einbuße an Gehalt.

§ 74. 1. Kontrahenten des § 74. **a**) **RG.** JW. **06** 477. Eine Konkurrenzklausel in den Verträgen selbständiger Kaufleute miteinander unterliegt nicht der Beurteilung, die auf die Konkurrenzbeschränkungen der §§ 74, 75 anzuwenden ist. **b**) SächsRpflA. **06** 245 (Dresden) s. zunächst o. Ziff. 7 I Bd. — Ein Konkurrenzverbot i. S. der §§ 74, 112 HGB. liegt hierin nicht.

2. Auslegung. **a**) OLG. **12** 254 (Braunschweig). Um die Tragweite der Worte „sich an einem Konkurrenzgeschäfte beteiligen" zu bestimmen, muß man sich die Verhältnisse bei der Auseinandersetzung vergegenwärtigen. Die Konkurrenz durch Beteiligung an einem anderen Geschäfte ist nicht nur gegeben, wenn sie in einer gesellschaftlichen Form auftritt, sondern auch dann, wenn sie in einer fortgesetzten wesentlichen Mitwirkung im Geschäfte eines Dritten (z. B. als Angestellter) besteht. Die Annahme einer Stellung als Direktor einer Aktiengesellschaft, bei der er seine bei der Konkurrenz erworbenen Kenntnisse verwerten kann, ist der Gründung eines Konkurrenzgeschäfts gleichzuachten. **b**) **RG.** JW. **06** 34, R. **06** 315, BraunschweigZ. **06** 74. Die Strafklausel ist nach dem aus der Sachlage zu entnehmenden wahren Willen der Vertragsparteien auszulegen. Geht der Wille der Parteien nur dahin, die Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts oder die Beteiligung an einem solchen unter Strafe zu stellen, so ist straffrei eine einzelne gelegentliche Konkurrenz machende Handlung. Die Höhe der Geldstrafe muß in einem billigen Verhältnisse zur Beeinträchtigung der geschäftlichen Interessen des Prinzipals stehen.

3. Ort. ThürBl. **53** 187 (Jena). Die Klausel, daß der Handlungsgehilfe während dreier Jahre nach Beendigung des Dienstverhältnisses nirgends, weder in Deutschland noch im Ausland in einem Konkurrenzgeschäft (Ölbranche) tätig sein dürfe, enthält keine unzulässige Beschränkung, weil er als gelernter Kaufmann in verschiedenen Branchen ausgebildet ist. ➠ Eine dem sozialen Gedanken des § 74 wenig Rechnung tragende Entsch., die deshalb auch keine Aussicht hat, Präjudiz zu werden. Red. ⟵

4. Zeit. KfmG. München, GewuKfmG. **11** 269. Die Vereinbarung, nach der sich ein Münchener Warenhausangestellter verpflichtet, binnen Jahresfrist nach seinem Austritte keine Stellung in einem Warenhaus in Berlin anzunehmen, ist unwirksam. Eine Beeinträchtigung des alten Prinzipals ist nicht zu befürchten.

5. Abs. 3. **a**) KfmG. Mannheim, GewuKfmG. **11** 200. Die mit einem Minderjährigen vereinbarte Konkurrenzklausel ist gültig, wenn der Vertrag nach Volljährigkeit verlängert wird, allerdings ist hierzu erforderlich, daß der majorenn Gewordene die Vertragsverlängerung unterzeichnet hat in der Absicht oder doch mit dem Bewußtsein, dadurch dem Konkurrenzklauselparagraphen zur Gültigkeit zu verhelfen. **b**) R. **06** 571 (Hamm). Ist ein Handlungsgehilfe zur Zeit seiner Anstellung in einem kaufmännischen Geschäfte minderjährig, so ist eine bei dieser Anstellung getroffene Vereinbarung, durch welche er für die Zeit nach Beendi-

gung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt werden soll, auch dann nichtig, wenn sie für den Minderjährigen von dessen gesetzlichem Vertreter getroffen ist. Anders, wenn der gesetzliche Vertreter sich persönlich verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß der minderjährige Handlungsgehilfe die Vereinbarung halten werde. Hat der gesetzliche Vertreter sich dabei für seine Person einer Vertragsstrafe unterworfen, so ist diese Vereinbarung gültig. **c)** Ebenso HessRspr. 7 90, OLG. **12** 255, BankA. 5 189, SeuffA. **61** 245 (Darmstadt) und OLG. **12** 422, R. **06** 1148 (Naumburg). Darmstadt macht die Einschränkung, daß die Vertragsstrafe auch gegenüber dem Vater nicht gilt, wenn zu befürchten ist, der Sohn werde sich mit Rücksicht auf den dem Vater drohenden Nachteil in seiner freien Willensentschließung beschränken lassen.

6. Über die Anwendbarkeit des § 138 BGB. auf Konkurrenzverbote vgl. o. § 138 BGB. Ziff. 7 I B d α bis γ.

§ 75. 1. **RG.** R. **06** 387, HoldheimsMSchr. **06** 111. Für die Anwendung des Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift ist nicht der Dienstaustritt infolge Kündigung des Handlungsgehilfen, sondern nur das Vorhandensein eines zum Dienstaustritt berechtigenden Grundes erforderlich.

2. ThürBl. **53** 186 (Jena). Ein „erheblicher Anlaß zur Kündigung" ist darin erblickt worden, daß der Reisende drei ihm zum Besuch aufgegebene Kunden der Firma nicht besucht, sie aber im Geschäftsbericht an seine Firma wider besseres Wissen als besucht aufgeführt hat.

3. KfmG. Berlin, Plutus **06** 480. Der Fall der „Kündigung" mit der Konsequenz des Verfalls der Konkurrenzklausel liegt nicht vor, wenn das Engagement auf bestimmte Zeit abgeschlossen war und der Prinzipal die so herbeigekommene Endigung nur ausdrücklich aussprach.

4. **RG.** R. **06** 696. Wenn für Übertretung eines Wettbewerbsverbots eine Vertragsstrafe bestimmt und vereinbart ist, daß die Strafe bei Übertretung des Verbots zu zahlen sei, gleichviel ob die Kündigung seitens des Angestellten oder seitens des Arbeitgebers erfolge, umfaßt doch das Verbot in der Regel und im Zweifel nicht auch den Fall, daß der Dienstherr ohne einen vom Handlungsgehilfen gegebenen gerechten Anlaß das Dienstverhältnis einseitig aufhebt oder kündigt, oder daß er dem Handlungsgehilfen zu seinem Austritte gerechten Anlaß gibt.

§ 76. OLG. **12** 422, R. **06** 1148 (Naumburg). Der Gültigkeit des Versprechens des gesetzlichen Vertreters „bei einer Strafe von . . . zu verhüten, daß sein Sohn in einem Umkreise von 100 km binnen drei Jahren nach seinem Austritt in einem anderen Geschäft der Branche eintrete" stehen die §§ 74, 76 nicht entgegen, weil sie lediglich zum Schutze Minderjähriger gegeben sind.

§§ 77—81. Vgl. JDR. 2 §§ 77—81.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Vorbemerkung: Vgl. die generelle Vorbemerkung zu Buch I.

Literatur: Marcus, Stellung der Versicherungsagenten 2c., HoldheimsMSchr. **06** 99. — Wüstendörfer, Der Handlungsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus, GoldschmidtsZ. 58 118 ff. — Zander, Deutsche Handelsgebräuche, HoldheimsMSchr. **06** 21 ff. und 205 ff.

§ 84. 1. Begriff des Agenten. **a)** *Wüstendörfer, GoldschmidtsZ. 58 118—151. Vom Geschäftsherrn „ständig betraut" und daher Handlungsagent ist nur derjenige Agent, der zum Geschäftsherrn in einem dauernden Vertragsverhältnis steht. Dabei schadet es nicht, wenn die einzelne Vermittelung oder Abschließung durch den HA. jeweils von der Erteilung eines Spezialbefehls des Geschäftsherrn abhängig gemacht ist. Der Rechtstypus des HA. kreuzt sich

mit demjenigen des Leiters der Zweigniederlassung und demjenigen des Handelsmäklers. Auch der Geschäftsbetrieb eines selbständigen HA. kann nämlich die Begriffsmerkmale einer Zweigniederlassung des Geschäftsherrn aufweisen; andererseits übt unter Umständen auch ein Handelsmäkler seine vermittelnde Tätigkeit in der Rechtsform einer Handlungsagentschaft für einzelne seiner Auftraggeber aus. (Vgl. u. Ziff. 1 zu § 93.) Zwischen dem HA. und dem Kommissionär (Spediteur) steht als Mittelbildung der Rechtstypus einer Mittelsperson, die nach außen hin im eigenen Namen auftritt und abschließt, im internen Verhältnis zum dahinter stehenden Geschäftsherrn aber in einer Rechtsstellung analog derjenigen des HA. verharrt („Kommissionsagent".) **b)** OLG. **12** 422, R. **06** 1148 (Hamburg). Hat der Angestellte als Entgelt für seine Bemühungen lediglich Provision bezogen, während seine ihm im regelmäßigen Geschäftsverkehr erwachsenen Unkosten nicht erstattet wurden, hat er mit Bewilligung des Prinzipals auch im Namen und für Rechnung anderer oder für sich selbst Geschäfte gemacht und Anweisungen, wie er seine Tätigkeit einzurichten habe, nicht empfangen, hat er vielmehr nach seinem eigenen Ermessen selbständig gearbeitet, so ist er nicht als Handlungsgehilfe, d. h., als ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals, sondern als Agent anzusehen.

2. R. **06** 945 (Colmar). Ein Handlungsagent darf insoweit selbständig Handel treiben, als das Interesse seines Geschäftsherrn nicht darunter leidet. Ein Handlungsagent, der selbständig gekauft hat, kann seine Rechte aus dem Kaufe ohne Einwilligung des Verkäufers auf einen Dritten übertragen, wenn der Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers ein derartiger ist, daß ihm ohne Verletzung von Treu und Glauben ein Wechsel in der Person des Gläubigers aus dem Kaufe zugemutet werden kann.

3. R. **06** 256 (Kiel). Die Bestimmung in einem Agenturvertrage, daß der Agent einer Versicherungsgesellschaft „persönlich für Prämienbeträge haftbar bleibe, wenn er die Zurücksendung der nicht eingelösten Versicherungsurkunde nicht innerhalb 15 Tagen vom Empfang derselben an bewirke", ist nicht als Übernahme der Bürgschaft, sondern als Übernahme einer selbständigen Verpflichtung, alsdann seinerseits diese Beträge zu zahlen, aufzufassen.

4. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 225. Muster, welche dem Agenten für seine geschäftliche Tätigkeit übergeben werden, bleiben Eigentum des Geschäftsherrn, der sie jederzeit zurückverlangen kann. Eine Verpflichtung des Agenten zur Zurücksendung nach der Saison ohne Aufforderung ist nicht handelsüblich. — Erfolgt jedoch die Rückforderung, und ist der Agent nicht in der Lage, ihr zu entsprechen, so hat er über den Verbleib Rechenschaft abzulegen und event. den (meist gering gewordenen) Wert zu ersetzen.

§ 85. OLG. **12** 29, R. **06** 315 (Marienwerder). Der Geschäftsherr, der sich eines Agenten zum Aufsuchen der Kunden, Entgegennahme von Aufträgen und deren Übermittelung bedient, muß in der Regel das vom Agenten vermittelte Geschäft, wenn er daraus Rechte herleiten will, so gegen sich gelten lassen, wie es der Agent mit dem Kunden beredet hat, ist daher auch an die vom Agenten dem Kunden über den Vertragsgegenstand gemachten Zusicherungen gebunden. Anders liegt die Sache aber, wenn der Kunde den von der Firma ihm zugestellten Bestellschein des Inhalts, daß mündliche oder bei Abschluß des Geschäfts getroffene Abmachungen oder Zusicherungen keine Wirksamkeit haben sollen, vielmehr der Inhalt des Bestellscheins ausschließlich maßgebend sein solle, unterschrieben hat.

§ 86. Vgl. IDR. **2—4** § 86.

§ 87. Vgl. IDR **2—4** § 87.

§ 88. I. Abs. 1, 3, 4. 1. Auslagen und Provision. a) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. 06 21. Ein Verkaufsagent erhält nach Handelsbrauch Ersatz derjenigen Auslagen, die er im Verkehr mit seiner Auftragsfirma aufwendet, während er für diejenigen Spesen, die er im Verkehr mit seiner Kundschaft aufwendet, keinen Ersatz verlangen kann. b) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. 06 21. Im Weinhandel wird dem Agenten ein Provisionsvorschuß gegeben, wenn die Vertreter nicht genügend eigene Mittel zur Verfügung haben, um die oft nicht niedrigen Spesen decken zu können. Eine Verrechnung dieses Vorschusses findet nach Ablauf der vereinbarten Abrechnungsperiode statt. Frühere Zurückforderung des Provisionsvorschusses setzt das Vorliegen wichtiger Gründe voraus, die ein solches Mißtrauen rechtfertigen. In der Rückforderung des Vorschusses allein ist nicht ohne weiteres eine Aufkündigung des ganzen Vertragsverhältnisses zu erblicken. c) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. 06 22. Die Vereinbarung „Provision zahlbar nach Verfall" ist dahin auszulegen, daß die Provision nach Fälligkeit des Rechnungsbetrags zu zahlen ist. d) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. 06 22. Im Handelsverkehr ist die Auslieferungsprovision eine Vergütung an einen Kommissionär, Spediteur oder sonstigen Inhaber von Waren oder Dokumenten, die er ohne Entgelt herausgeben soll, nachdem er sie bevorschußt, aufbewahrt oder sonst zugunsten des Berechtigten verwaltet hat; sie ist eine Vergütung für die Mühewaltung und Verantwortung bei Empfang, Verwahrung und Auslieferung der Ware oder der Dokumente. Der Ausdruck „Auslieferungsprovision" wird daher bei Einkaufskommissionen im Handelsverkehr nicht gebraucht.

2. Erwerb der Provision. a) SeuffBl. 06 138 (Stuttgart). Der Handlungsagent erlangt schon mit dem Abschlusse eines Verkaufsgeschäfts einen durch dessen Ausführung und durch den Eingang des Kaufpreises bedingten Anspruch auf die Zahlung der Provision, der einen der Übertragung fähigen Bestandteil seines Vermögens bildet. b) DJZ. 06 91 (Dresden). Der Provisionsanspruch des Verkaufsagenten ist mit der Vermittelung des Verkaufs als aufschiebend bedingt erworben und pfändbar. Wenn dieser Anspruch zwar erst nach dem Eingange des Kaufpreises und nur nach Verhältnis des eingegangenen Betrags definitiv erworben wird, so ist doch mit dem Geschäftsabschlusse die Tätigkeit des Agenten als solchen beendet; er habe damit alles getan, um die Provision zu verdienen, also auch in diesem Zeitpunkt bereits ein — allerdings zunächst von der Ausführung des vermittelten Vertrags aufschiebend bedingtes — Recht auf die Provision erworben.

3. Das angebliche Konkursvorrecht des Agenten. RG. JW. 06 38, BauersZ. 13 237. Der Agent hat im Konkurse des Geschäftsherrn kein Vorzugsrecht. Vgl. JDR. 2 § 88 Ziff. 5, JDR. 3 § 88 Ziff. 1, JDR. 4 § 88 Ziff. 1.

II. Abs. 2. 1. RG. JW. 06 399, R. 06 1012, HansGZ. 06 Hauptbl. 192. Die Worte „infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn die Ausführung unterblieben ist" sind dahin zu verstehen, daß die Nichtausführung vom Geschäftsherrn verschuldet oder mindestens in freier Entschließung von ihm herbeigeführt ist. Es muß stets ein persönliches Verschulden des Geschäftsherrn sein. Der Geschäftsherr hat aber nicht für Verschulden seines Fabrikanten einzustehen.

2. SchlHolstAnz. 06 275 (Kiel). Unter „Verhalten" ist nicht ein schuldhaftes zu verstehen. Es genügt, daß die Nichtausführung des Geschäfts ihren Grund in einem irgendwie gearteten Verhalten des Geschäftsherrn hat, mag dieses ein direkt schuldhaftes oder ein willkürliches sein oder sich darin betätigen, daß er Eigenschaften der Ware zugesichert hat, deren Fehlen sich herausstellt.

3. RG. JW. 06 316, R. 06 756. Wie der Agent keinen Anspruch auf Provision oder auf Schadensersatz hat, wenn der Geschäftsherr, durch äußere

Umstände genötigt, vor Ablauf der Vertragsfrist die Produktion einstellt, so ist der gleiche Erfolg auch im Falle einer durch äußere Umstände, ohne Verschulden des Geschäftsherrn, herbeigeführten Konkurseröffnung über ihn anzunehmen.

4. **RG.** JW. **06** 315, R. **06** 757. Unter dem „Verhalten" des Geschäftsherrn ist ein solches zu verstehen, durch das die Nichtausführung vom Geschäftsherrn verschuldet, oder wenigstens in freier Entschließung herbeigeführt worden ist. Dahin gehört der Fall regelmäßig nicht, wenn durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn die Nichtausführung der vom Agenten vermittelten Geschäfte veranlaßt worden ist.

§ 89. 1. Hahn, DJZ. **06** 587 (in Kritik einer abweichenden Braunschweiger Entscheidung). Hat der Geschäftsherr (wenn auch nicht ausdrücklich) zu erkennen gegeben, daß der Bezirk eines Agenten sein alleiniges Arbeitsfeld sein soll, so gebühren diesem die Provisionen genau in dem Umfange wie dem im Sinne des § 89 HGB. ausdrücklich zum Bezirksagenten ernannten Vertreter.

2. SeuffBl. **06** 133 (München). Ein Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten, durch den eine fortlaufende Geschäftsverbindung zwischen beiden mit heimlicher Ausschaltung des Bezirksagenten geschlossen wird, verstößt gegen Treu und Glauben und ist deshalb nichtig. Diese Nichtigkeit kann nicht nur von Bezirksagenten, sondern auch von den Kontrahenten geltend gemacht werden.

§ 90. Vgl. JDR. **2** § 90.

§ 91. Vgl. JDR. **2—4** § 91.

§ 92. Vgl. JDR. **2—4** § 92.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93. 1. *Wüstendörfer, Der Handlungsagent als deutscher und ausländischer Rechtstypus, GoldschmidtsZ. **58** 118—151. Entgegen der Legaldefinition wird vom heutigen Handelsrecht als Handelsmäkler nicht nur derjenige Mäkler behandelt, der als juristischer Vermittler erscheint, sondern auch derjenige Mäkler, der als abschlußbevollmächtigter Vertreter bzw. als Kommissionär oder Eigenhändler handelt. (Vgl. HGB. § 95, BörsG. § 32.) In der Mitte zwischen diesen beiden Mäklertypen steht aber der Typus desjenigen Mäklers, der von einzelnen seiner Auftraggeber ständig betraut ist. Folgerichtig muß auch er als „Handelsmäkler" anerkannt werden, da die Bindung dieses Rechtsbegriffs an eine bestimmte Vermittlungsform nicht mehr besteht, der Legaldefinition des § 93 ist die Gefolgschaft zu versagen. (Vgl. auch o. Ziff. 1 zu § 84.)

2. Cohen, HoldheimsMSchr. **06** 248, erachtet im Gegensatz zur herrschenden Meinung den Handelsmäklervertrag für einen zweiseitig verpflichtenden. Er führt im einzelnen aus: Da der Handelsmäklervertrag neben dem Provisionsanspruche des Mäklers auch begrifflich dessen Verpflichtung zu Dienstleistungen enthält, so untersteht er damit regelmäßig den Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB.). Hierbei ist zu beachten, daß der Auftraggeber sich dem Handelsmäkler lediglich zur Zahlung der Vergütung für den Fall des Zustandekommens des zu vermittelnden Vertrags verpflichtet, nicht dagegen auch zum Abschlusse dieses Vertrags. Hieraus erklärt sich sein Recht, jederzeit das Dienstverhältnis aufzulösen, auch wenn der Vertrag nicht zustande gekommen ist. Der Handelsmäkler ist in diesem Falle nicht berechtigt, einen verhältnismäßigen Teil der Vergütung gemäß § 628 BGB. zu verlangen. — Demgegenüber hat der Handelsmäkler nicht das Recht, jederzeit zu kündigen. — Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes kann er ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, d. h. sofort, das Dienstverhältnis auflösen. Der Handelsmäkler kann nicht nur die Vermittlung eines Vertrags übernehmen, sondern auch die Herbeiführung des Er=

folges, das Zustandekommen des Vertrags garantieren. Es liegt dann ein Werkvertrag vor, auf den die §§ 631 ff. entsprechend zur Anwendung kommen; auch hier jedoch mit der Beschränkung wie beim Dienstvertrage: Der Auftraggeber hat das Recht, den Vertragsschluß abzulehnen, ohne zur Zahlung eines Mäklerlohns verpflichtet zu sein. — Beim Verzuge des Auftraggebers hat der Mäkler das Recht der Vertragsaufhebung gemäß § 643 BGB. Gegenstand des Handelsmäklervertrags ist stets eine Geschäftsbesorgung. Nach § 675 BGB. sind deshalb auch die §§ 663, 665, 670, 672, 674 BGB. entsprechend anzuwenden.

3. HansGZ. **06** Hauptbl. 140 (Hamburg). Der Mäkler ist lediglich Vermittler der Vertragsverhandlungen, nicht Stellvertreter der vertragschließenden Parteien. Seine Versicherungen über Eigenschaften der gehandelten Waren verpflichten nicht die Partei, wenn sie nicht in ihrem Auftrag abgegeben sind, und soweit das gegenseitige Rechtsverhältnis der Parteien von der Kenntnis gewisser Umstände beeinflußt wird, kommt die Kenntnis ausschließlich des Mäklers nicht in Betracht.

§ 94. DJZ. **06** 884, R. **06** 1148 (Braunschweig). Im Falle des § 94 Abs. 2 ist der Mäkler nur Bote. Eine ihm gegenüber abgegebene Erklärung des einen Teiles, er könne die Schlußnote nicht anerkennen, genügt daher nicht. Wenn die eine Partei das Geschäft als rechtsverbindlich nicht anerkennen will, so muß sie die Abschlußerklärungen wegen unrichtiger Übermittelung auf Grund des § 120 BGB. der anderen Partei gegenüber anfechten.

§ 95. Vgl. JDR. **2—4** § 95.

§ 98. Vgl. JDR. **2—4** § 98.

§ 99. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 99.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Vorbemerkung: Es fehlt an Arbeiten, die das ganze Handelsgesellschaftsrecht behandeln. — Hinzuweisen ist auf die zu 1 b mitgeteilte, sehr eingehend begründete Entscheidung des KG. über die Handelsgesellschaften von Religiosen.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

1. Handelsgesellschaften von Religiosen. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2, **3** Note 1, **4** Note 1. **b)** KG., OLG. **12** 438, KGJ. **31** A 184, BauersZ. **13** 277, SchlHolstAnz. **06** 245. Eine GmbH., welche dem Art. 13 der Verfassung zuwiderläuft, ist nichtig und nicht eintragungsfähig. Art. 13 ist durch § 1 GmbHG. und das BGB. (Art. 84 EG.) unberührt geblieben. Er versagt einmal die unmittelbare Errichtung oder Einkleidung einer „geistlichen Gesellschaft" in der Form der GmbG., aber weiter auch die Begründung zu dem Zwecke, der geistlichen Gesellschaft mittelbar Korporationsrechte zu verschaffen. Ein Versuch der letzteren Art ist als Umgehung der Bestimmung des Art. 13 aufzufassen. (AA. Kahl, JDR. **2** Note 2.) Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn ein wirtschaftlicher Erfolg von gewisser Beschaffenheit trotz eines gegen ihn gerichteten Verbots erstrebt oder im wesentlichen bezweckt wird. Dies würde der Fall sein. Art. 13 sollte bewirken, daß die geistlichen Gesellschaften nur durch Gesetz die bürgerlichen Rechte einer moralischen Person erwerben könnten. Dies ergibt seine Entstehungsgeschichte. Aus diesen, sehr eingehend entwickelten, Gründen wurde der Antrag auf Eintragung einer von vier Mitgliedern der „Genossenschaft der armen Brüder vom heiligen Franziskus" gegründeten GmbH. zurückgewiesen.

2. Wechsel der Unternehmungsform. Vgl. JDR. **2** Note 4, **4** Note 3 und u. Note zu § 306.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: Umfassendere Beiträge zur Lehre von der oHG. hat weder die Praxis noch die Rechtslehre im Berichtsjahre geliefert. Einige Anregungen hat wiederum Marcus gegeben (s. bei §§ 124, 133, 142); einige Rechtssprüche beschäftigen sich mit der Stellung der oHG. im Prozeß (s. Note 5 zu § 124). — Von historischem Interesse sind die Mitteilungen von Silberschmidt, Der Rechtsstreit über eine hansisch-portugiesische Handelsgesellschaft im 16. Jahrhundert, GoldschmidtsZ. 58 522.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. 1. Rechtscharakter der oHG. **a)** Vgl. JDR. **2**, **3**, **4**, Note 1 zu § 105. **b)** DJZ. **06** 1099 (PrOVG.). Das Vermögen der oHG. ist derart selbständig, daß zwischen der Gesellschaft als solcher und ihren Mitgliedern vollwirksam obligatorische und dingliche Rechtsbeziehungen begründet werden können. Dieselben Personen, die die oHG. bilden, können neben dem Gesellschaftsvermögen auch gemeinschaftliches Privatvermögen besitzen. Sie können die Forderung eines Dritten gegen die oHG. gemeinschaftlich zu ihrem Privatvermögen erwerben, ohne daß die Forderung durch Konfusion erlischt, weil die Gläubiger zugleich Teilhaber der oHG. sind. Zur Konfusion bedarf es eines besonderen Willensaktes auf Übertragung an die oHG. **c)** BauersZ. **13** 236 (PrOVG.). Die Miteigentümer eines Grundstücks verlieren durch dessen Einbringung in eine zwischen ihnen bestehende oHG. ihre ideellen Eigentumsanteile an die Gesamtheit der Gesellschafter. **d)** DJZ. **06** 548 (PrOVG.). Der Teilhaber einer oHG. kann bei Berechnung seines steuerpflichtigen Einkommens aus dem Betrieb der Gesellschaft die kommunalen Gebäude-, Gewerbe- und Warenhaussteuern nicht abziehen. Da dem Einzelkaufmann der Abzug versagt ist, muß entsprechendes für den Teilhaber der oHG. gelten, da sein Betrieb sich lediglich als Quote des Gesellschaftsbetriebs darstellt.

2. Notwendigkeit des Gesellschaftsvertrags. **a)** S. JDR. **3** Note 1 zu § 27. **b)** KGJ. **31** A 152, OLG. **12** 224 (KG.), o. Ziff. II 4 zu § 181 BGB. (s. auch KGJ. **22** A 34, 101, 108, **23** A 89).

3. oHG. unter Minderkaufleuten. **a)** S. JDR. **2** Note 6 zu § 4, Note 4 c zu § 128, **3** Note 3 zu § 105. **b)** **RG.** R. **06** 450. Wenn zwei Personen gemeinsam ein Handelsgeschäft treiben, das über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, gleichwohl aber als offene Handelsgesellschafter in Anspruch genommen werden, ist es ihre Sache die Tatsachen vorzubringen, die die Anwendbarkeit von § 4 HGB. begründen.

§ 106. I. Sitz der oHG. 1. Vgl. JDR. **4** Note zu § 182.

2. ElsLothJZ. **06** 471, OLG. **13** 73 (Colmar). Die oHG. kann nur einen Sitz haben. § 7 Abs. 2 BGB. findet auf sie keine Anwendung. Daher hat eine im Ausland domizilierte oHG. in Deutschland keinen Gerichtsstand aus § 17 ZPO., auch wenn sie Zweigniederlassungen in Deutschland besitzt. Sie kann daher gemäß § 23 ZPO. an jedem Orte verklagt werden, wo sich Vermögen von ihr befindet.

II. Über die Firma der oHG. s. o. zu § 19.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander.

§ 118. SächsRpflA. **06** 473 (Dresden). Es ist Goldmann (Anm. 9 zu § 118 und 11 zu § 119) gegen Staub (Anm. 7 zu § 118 und 7 zu § 154) und Makower (Anm. IV zu § 114 und IIc zu § 118) beizutreten, dahin, daß der Anspruch auf Rechnungslegung gegen den geschäftsführenden Gesellschafter oder Liquidator nicht nur der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter, sondern jedem einzelnen von ihnen zusteht. Ebenso kann nicht nur Rechnungslegung an die Gesamtheit, sondern an jeden einzelnen verlangt werden. Die Rechenschaft ist keine unteilbare Leistung i. S. des § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB. Noch weiter-

gehend ist auch jedem der beiden Teilhaber der Gesellschaft, für die ein Dritter einen Akkord durchgeführt hat, ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen diesen zuzugestehen.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Literatur: Marcus, Ist die oHG. erbfähig? HoldheimsMSchr. **06** 271. — Schlesinger, Die oHG. im Prozeß, DJZ. **06** 258.

§ 124. 1. Rechtscharakter der oHG. S. Note 1 zu § 105.

2. Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. HessRsp. **6** 145 (Darmstadt). Es ist unzulässig, gegen eine Forderung der oHG. mit einer gegen die sämtlichen Inhaber der oHG. als Privatpersonen erworbenen Forderung aufzurechnen. Dies folgt aus dem Wesen der oHG., die zwar keine juristische Person, aber doch so gestaltet ist, daß zwischen ihrem Vermögen und dem der Gesellschafter unterschieden werden muß.

3. Ist die oHG. erbfähig? **a**) Marcus aaO. bejaht die Frage mit Staub (8) 412 Anm. 8, 464 Anm. 3 gegen Dernburg, BürgR. V 25, die als oHG. vereinigte Personenmehrheit ist zu jedem Rechtserwerb fähig unter ihrer Firma, und deshalb auch erbfähig. Die Erbfähigkeit ist nach dem BGB. kein Vorrecht, sondern eine Folge der Erwerbs- und Rechtsfähigkeit. **b**) Die Frage wird gleichfalls bejaht, doch ohne nähere Begründung von Makower (13) Anm. II a.

4. Die Teilhaber der oHG. als Geschworene. **RG.** (Straff.) **37** 414. Ein oHGesellschafter kann nach §§ 22, 32 StPO. nicht als Geschworener fungieren bei Aburteilung eines gegen seine oHG. begangenen Betrugs. Das Vermögen der oHG. gehört den Gesellschaftern, also sind diese unmittelbar durch den Betrug geschädigt.

5. Die oHG. im Prozeß. **a**) Vgl. JDR. **1** zu §§ 705, 718 BGB., § 50 ZPO., **2** Note 6, **3** Note 2, **4** Note 3 zu § 124. **b**) Benennung im Prozeß. α. Schlesinger aaO. Das Gericht ist befugt und verpflichtet, die Namen der vertretungsberechtigten Gesellschafter festzustellen, da diese nach § 313 Ziff. 1 ZPO. im Rubrum des Urteils anzugeben sind. Dem OLG. Cöln (OLG. **1** 149) ist nicht beizutreten. § 17 Abs. 2 trifft für die hier entschiedene Frage nicht zu. β. NaumburgAK. **06** 53 (Naumburg). Der Richter hat ohne zwingende Veranlassung nicht zu untersuchen, wer die vertretungsberechtigten Gesellschafter einer klagenden oder beklagten oHG. sind. Aus §§ 17 Abs. 2, 6, 124 HGB. folgt, daß die oHG. unter ihrer Firma im Prozeß auftreten kann. Einen Nachweis darüber, wer Inhaber der Firma ist und wie die Vertretungsverhältnisse liegen, kann das Gericht nur verlangen, wenn das Bestreiten der Gegenpartei oder sonstige Umstände Bedenken gegen die gemachten Angaben ergeben. **c**) Verhältnis der Prozesse der Gesellschaft zu denen der Gesellschafter. **RG.** JW. **06** 477. a) Wenn eine Klage gegen eine oHG. erhoben war und demnächst im Laufe des Prozesses ihr Anspruch gegen die Personen der Gesellschafter gerichtet wird, so ist darin eine Klagänderung nicht zu erblicken, da die oHG. kein von den Personen der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt ist. b) Auch kann die oHG. trotz des Auflösungsbeschlusses noch weiter klagen und verklagt werden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, solange besteht sie als Gesellschaft in Liquidation fort, es sei denn, daß eine andere Art der Auseinandersetzung in Frage kommt (§ 158 HGB.) (s. auch Note zu § 131). **d**) Einfluß der Auflösung der oHG. auf schwebende Prozesse. α. **RG.** JW. **06** 692. Nach ständiger Rechtsprechung treten an die Stelle der durante lite aufgelösten Handelsgesellschaft als Prozeßpartei stets ohne weiteres alle Gesellschafter zusammen, weil sie auch vorher bereits die eigentliche Prozeßpartei waren, wenn auch unter einer gewissen,

naturgemäß nunmehr weggefallenen Modalität, einerlei ob die oHG. Klägerin oder Beklagte ist. Die einzelnen Gesellschafter können im weiteren Verlaufe des Rechtsstreits auch die ihnen persönlich zustehenden Einreden vorbringen. ẞ. BauersZ. **14** 46, OLG. **13** 141 (Dresden). In dem von einer oHG. geführten Prozesse sind die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbindung Partei. Wird die oHG. während des Prozesses aufgelöst und unterbleibt die Liquidation, so treten die Gesellschafter persönlich als Streitgenossen in die Stellung der oHG. ein. Wird Firma und Vermögen der oHG. dabei auf einen der Gesellschafter übertragen, so kann er allein als Partei den Prozeß nur mit Zustimmung des Gegners übernehmen.

§ 125. 1. **RG.** BauersZ. **13** 216, s. Note zu § 281.

2. Abs. 2. Genehmigung eines nur von einem Teile der zur Gesamtvertretung Berufenen abgeschlossenen Vertrages durch den anderen Teil. Vgl. **RG. 61** 223 unten Note 2 zu § 232.

3. Abs. 4. DJZ. **06** 1265 (KG.). Jede Eintragung in das Handelsregister muß klar ergeben, als welche der im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sie sich darstellt. Abzulehnen ist daher ein Antrag auf Eintragung dahin, daß von drei Gesellschaftern A. und B. allein C. nur zusammen mit A. oder B. zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein solle. Diese Bestimmung läuft auf den Ausschluß des C. von der Geschäftsführung heraus. Darum hätte der Ausschluß mit klaren Worten angemeldet werden müssen.

§ 128. 1. BauersZ. **13** 93 (Hamburg). Wenn eine oHG. aufgelöst ist, und ihre Aktiven und Passiven von einem Gesellschafter übernommen worden sind, haften die früheren Gesellschafter gleichwohl für die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner weiter.

2. R. **06** 757 (Hamm). Die Gesellschafter haften auch dann solidarisch, wenn einer von ihnen bei einem Geschäftsabschluß für die oHG. einen Dritten ohne Wissen der anderen geschädigt hat, gleichgültig, ob die oHG. inzwischen aufgelöst worden ist.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft nud Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. **RG.** R. **06** 477. Ein Auflösungsbeschluß ist nicht notwendig in einem Beschluß zu finden, durch den das gewerbliche Unternehmen, das bisher die Gesellschafter gemeinschaftlich betrieben haben, an einen anderen übertragen wird. Die Gesellschafter können die Gesellschaft mit einem Unternehmen eines anderen Handelszweigs fortsetzen, da sie nicht für eine bestimmte Kategorie von Handelsgeschäften, sondern für den Betrieb von Handelsgeschäften schlechthin Bestand hat (s. auch Note 5c bei § 124).

§ 133. Literatur: Marcus, Kann die Gesellschaftsauflösung gemäß § 133 HGB. richterlicherseits auch durch einstweilige Verfügung ausgesprochen werden? HoldheimsMSchr. **06** 39.

Marcus aaO. Die Auflösung einer oHG. kann nicht im Wege der einstweiligen Verfügung ausgesprochen werden. Die einstweilige Verfügung soll zum Schutze von Individualansprüchen und zur Regelung einstweiliger Verhältnisse anläßlich eines streitigen Rechtsverhältnisses dienen (§§ 935, 940 ZPO.), setzt also einen privatrechtlichen Anspruch als existent voraus. Das Verlangen auf Gesellschaftsauflösung i. S. des § 133 HGB. wendet sich aber an den Richter als Antrag um Rechtsgestaltung. Dieses Verlangen kann nur mittels Klage geltend gemacht werden; es will nicht einen vorhandenen privatrechtlichen Anspruch verwirklicht sehen, sondern fordert eine erst durch die richterliche Handlung wirksam werdende Aufhebung eines bisherigen Rechtszustandes.

§ 142. Literatur: Marcus, Der Rechtscharakter der Übernahme des Geschäfts i. S. des § 142 Abs. 1, HoldheimsMSchr. **06** 333.

1. Übernahme: Gesamtrechtsnachfolge. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 3. **b)** Marcus aaO. Die Übernahme des Geschäfts ist Gesamtrechtsnachfolge. **c)** PosMSchr. **06** 117 (LG. Stettin). Der Gesellschafter, der nach diesem Paragraphen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, ist ohne Auflassung als Eigentümer der Gesellschaftsgrundstücke einzutragen. § 873 BGB. gilt nur, soweit nichts anderes bestimmt ist. Dies ist aber hier der Fall, da es der im zitierten Paragraphen vorgesehenen Einigung nicht bedarf.

2. Vertragsmäßige Übernahme. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 5, **3** Note 1, 2. **b)** OLG. **13** 23 (KG.). Wenn eine aus zwei Gesellschaftern bestehende oHG. sich auflöst, und das Geschäft von einem der früheren Gesellschafter weitergeführt wird, bedarf es zur Übertragung der Gesellschaftsgrundstücke auf ihn der Auflassung. Dies folgt aus der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. — Dasselbe gilt, wenn der übrig gebliebene Gesellschafter sich mit einem Kommanditisten zu einer KG. verbindet. — Eine Auflassung erübrigt sich dagegen, wenn in eine bestehende oHG. ein Kommanditist aufgenommen wird. **c)** RheinA. **95** I 235 (Cöln). Die einer oHG. gehörigen Grundstücke stehen nicht im Miteigentum der einzelnen Gesellschafter. Wenn die Erben eines verstorbenen Gesellschafters ihre Ansprüche an dem Gesellschaftsvermögen auf den einzig noch vorhandenen Gesellschafter gegen eine Abfindungssumme übertragen, so wird letzterer durch diesen Auseinandersetzungsvertrag nicht ohne weiteres Eigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke. Vielmehr bedarf es der Auflassung und Herbeiführung der Eintragung ins Grundbuch durch die Liquidatoren. Der Auseinandersetzungsvertrag bedarf gleichwohl nicht der notariellen oder gerichtlichen Form. **d)** Stempel. α. Vgl. IDR. **2** Note 5b. β. **RG.** VII 30. 5. 05, **61** 72. Wird eine oHG. mit zwei Gesellschaftern aufgelöst, dergestalt, daß der eine sämtliche Aktiven und Passiven übernimmt, und dem anderen eine Abfindungssumme zahlt, so ist der Vertrag nach Tarifst. 25 Buchst. d Abs. 2, nicht Abs. 1 zu verstempeln. Von einer Gesamtnachfolge des Übernehmenden kann nicht gesprochen werden. (Vgl. **RG. 45** 218, IMBl. **01** 272.)

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§§ 146 ff. Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 299, Josef, das. **06** 197. Die in diesen Paragraphen vorgesehene Ernennung und Abberufung von Liquidatoren kann von dem Registergericht auch im Wege einstweiliger Verfügung angeordnet werden.

§ 146. Abs. 2. ZBlFG. **7** 308 (KG.). Einen Liquidator aus wichtigen Gründen kann das Gericht nur auf Antrag ernennen. Ein genügender Antrag liegt nicht vor, wenn der bisherige Kommanditist auf Grund eines die KG. auflösenden Urteils und eines zwischen ihm und dem bisherigen Komplementar geschlossenen Vertrags, in welchem ihm die Liquidation übertragen wird, die Auflösung der KG. zum Handelsregister anmeldet und gleichzeitig auf Grund des Vertrags um seine Eintragung als alleiniger Liquidator bittet.

§ 156. Maßstab für die Gewinnverteilung. SächsRpflA. **06** 563 (Dresden). In Ermangelung anderweiter Vereinbarungen ist anzunehmen, daß der Gewinn und Verlust, den die in Liquidation befindliche oHG. während der Liquidation macht, nach denselben Grundsätzen zu verteilen ist, wie vor der Liquidation.

§ 157. BauersZ. **13** 213 = IDR. **3** Note 2 zu § 157.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. ÖstZBl. **06** 514 (Österr. Recht). Die fünfjährige Verjährung tritt auch dann ein, wenn die oHG. durch Konkurseröffnung beendet ist; sie läuft in

diesem Falle von der Eintragung der Konkurseröffnung in das Handelsregister an. Gegen die Anwendung der Verjährungsvorschrift auf diesen Fall spricht weder der Wortlaut, noch innere Gründe, ebensowenig läßt sich der Abs. 2 gegen sie anführen.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die in Note 5 zu § 161 mitgeteilten Entscheidungen des RG. über die bereits im Vorjahr behandelte Frage, inwieweit die Einlage des Kommanditisten in bar zu leisten ist.

§ 161. Literatur: BankA. 5 127: Die Aktienbank als Kommanditistin. Eine Kontroverse.

1. Kann eine Aktienbank Kommanditistin sein? BankA. aaO. behandelt eine Entscheidung des KG. (18. 1. 06), in der passim Zweifel angeregt werden, ob eine Bank sich als Kommanditistin an einer KG. beteiligen kann, und bejaht die Frage. Der Satz, daß eine AG. sich nicht in die Lage setzen darf, mit ihrem ganzen Vermögen für die Schulden einer anderen Gesellschaft haften zu müssen, an der sie partizipiert, trifft nicht die kommanditistische Beteiligung an einem Unternehmen.

2. Ist der Kommanditist Kaufmann? **a)** Verneinend: Die herrschende Meinung, Staub Anm. 8 zu § 1, Goldmann Anm. 21 zu § 1. — BauersZ. **14** 21, HansGZ. **06** Hauptbl. 156 (Hamburg). Der Kommanditist tritt nicht an die Öffentlichkeit und betreibt das Handelsgeschäft seiner Gesellschaft nicht. **b)** Bejahend: Makower (13) Anm. Bd3.

3. Die Kommanditgesellschaft im Prozeß. **a)** Vgl. Note 5 zu § 124. **b)** **RG.** JW. **06** 692. Die Note 5dα zu § 124 ausgeführten Grundsätze gelten auch für die KG. An Stelle der KG. treten die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten.

4. Die Aufnahme Dritter in die KG. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 164, **4** Note 2 zu § 105 und Note 4 zu § 161. **b)** Die JDR. **4** Note 4b mitgeteilte (RG.) Entsch. steht auch BauersZ. **13** 139.

5. Inwieweit kann der Kommanditist gegen die Forderung auf die Einlage aufrechnen? **a)** Vgl. JDR. **3** zu § 161, **4** Note 5. **b)** **RG.** R. **06** 1086. Die Einlage gilt den Gesellschaftsgläubigern gegenüber als geleistet nur, soweit ein der im Handelsregister eingetragenen Geldsumme entsprechender Betrag in barem Gelde oder sonstigen Werten der Gesellschaft wirklich zugeflossen ist. Insoweit kann den Gesellschaftsgläubigern auch dem Anspruch aus § 171 gegenüber mit Forderungen gegen die Gesellschaft aufgerechnet werden. **c)** **RG.** NaumburgAK. **06** 84. Die Aufrechnung ist zulässig, sofern und soweit dafür, daß die Gesellschaft Schuldnerin des Kommanditisten wurde, ein Vermögenswert ihr zugeflossen ist, weil alsdann die Rechtslage dieselbe ist, wie wenn von vornherein dieser Wert zum Zwecke der Erfüllung der Einlagepflicht dem Vermögen der Gesellschaft zugeführt worden wäre, und deshalb insoweit die Einlage als geleistet anzusehen ist. Der Kommanditist, der der Gesellschaft ein Darlehen gegeben hatte, kann somit seine Darlehnsforderung gegen jene Forderung der Gesellschaftsgläubiger stets aufrechnen, weil in der Darlehnssumme ein entsprechender Wert in das Vermögen der Gesellschaft gelangt ist. Hierbei kommt die Sicherheit der Darlehnsforderung, also der Wert, den sie mit Rücksicht auf das Vermögen der Gesellschaft hatte oder hat, nicht in Betracht. Dagegen kann der Kommanditist seine, gegen die Gesellschaft erworbene Kaufpreisforderung nur in Höhe des Wertes des an die Gesellschaft verkauften Gegenstandes aufrechnen. Welchen Wert die Kaufpreisforderung hatte oder hat, ist wiederum gleichgültig.

6. Besteuerung des Kommanditisten in Hamburg. **RG.** HansGZ.

06 Hauptbl. 221. Nach § 1 Ziff. 6 b des Hamb. Einkommensteuergesetzes vom 2. 2. 03 muß ein Kommanditist sein Einkommen aus seiner Beteiligung an der KG. als Einkommen aus stehendem Gewerbebetriebe versteuern.

§ 163. **RG.** JW. 06 144. In dem Statut einer KG. war bestimmt, daß die Kontrolle der Geschäftsführung der Komplementare durch einen Vorstand ausgeübt werden soll, welcher von einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt wird, sowie daß diese Generalversammlung nach Stimmenmehrheit über seine Wahl und Entlassung beschließt. Hiernach haben die Kommanditisten sich gegenseitig verpflichtet, ihre gesellschaftlichen Rechte nur nach Maßgabe der für das Verhältnis der Gesellschafter unter sich maßgebenden organisatorischen Bestimmungen des Statuts auszuüben, und können etwaige weitergehende an sich mit der actio pro socio verfolgbaren Ansprüche nicht erheben.

§ 172. **RG.** BayRpflZ. 06 423. Als Rückzahlung i. S. des Abs. 4 ist auch die Bestellung einer Hypothek für die Einlage des Kommanditisten an Grundstücken der Gesellschaft anzusehen.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Mit dem ganzen Gebiet befaßt sich das rechtsphilosophische Werk von Petrazycki, Aktienwesen und Spekulation. Ökonomische und rechtspsychologische Studie. (Müller, Berlin 1906.) Es hat im nachstehenden nicht weiter berücksichtigt werden können. — Im übrigen ist im Berichtsjahr in Theorie und Praxis manche interessante Einzelheit zur Sprache gekommen. Das RG. hat in seinem Urteil im Hiberniaprozeß eine Reihe von Streitfragen behandelt (s. zu §§ 252, 256, 282, 303). Von Bedeutung ist seine Auslegung des Vertagungsrechts aus § 264 (s. das.). § 249 ist nach der bei diesem Paragraphen mitgeteilten Entscheidung kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Das Erkenntnis bei § 300 handelt von den Voraussetzungen der Verteilung in natura; in dem Urteil (Note 1 b bei § 201) ist die Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr anerkannt.

Die Aufgaben des Registerrichters sind vom KG. in verschiedenen Entscheidungen behandelt (s. zu §§ 196, 254, 286 u. a.). Hinzuweisen ist auf das Urteil (Note 2 b zu § 250), das von der nicht ordnungsmäßig berufenen Generalversammlung und von dem Falle handelt, daß alle Aktien in einer Hand vereinigt sind. — Größere Tragweite hat auch das Erkenntnis 2 b bei § 243 über die Grenzen der Beschränkung der Wahlfreiheit für den Aufsichtsrat. — Nach Note 2 zu § 227 ist eine Abänderung des Statuts dahin, daß die Einziehung von Aktien durch Ankauf ꝛc. solle erfolgen können, unzulässig, wenn eine entsprechende Bestimmung im ursprünglichen Statut fehlt. — Abs. 3 des § 259 ist ius cogens.

Aus der Literatur sind hervorzuheben die Arbeiten von Homberger (bei § 200) über die entstehende AG.; von Sievers und Bondi (bei § 213) über den Begriff: Einlage. Die Dissertation von Takaki berücksichtigt auch ausländisches, insbes. japanisches Recht, und entwickelt die Probleme in selbständiger Weise. — Interessante Bemerkungen zum Hiberniaprozeß hat Pinner gemacht (s. zu § 252). Das Stimmrecht ist von Haselberger zum Gegenstand einer besonderen Abhandlung gemacht worden. Über Einzelfragen der Kapitalerhöhung und -Herabsetzung handeln Heilbrunn und Leist (s. zu § 288 u. öft.).

Über die Reform des Aktienrechts ist auch in diesem Berichtsjahr gehandelt und geschrieben worden. Die Resolution des 28. DJT. ist bei § 246 mitgeteilt; daneben ist auf den Bericht von Sontag bei § 271 hinzuweisen. Bei § 249 ist die Literatur zur Haftpflichtversicherung, die wertvolle Beiträge zur Kenntnis des Aktienwesens und Aktienrechts enthält, bei § 245 das Wichtigste über die Tantiemesteuer mitgeteilt.

Im Anhang sind zum ersten Male steuer- und stempelrechtliche Entscheidungen und Aufsätze mitgeteilt, ohne daß für Vollständigkeit Gewähr geleistet wird.

Ausländisches Recht und Literatur: England: Limited Partnerships Bill, HoldheimsMSchr. **06** 142. — Gertung, Die Bücherprüfung im englischen Aktienrecht. Jena, Costenoble 1906. — Ungarn: Liquidationsgesellschaften in Ungarn, ZAktWes. **16** 191.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Homberger, Das Recht der entstehenden AG. (München 1906 Schweitzer). — Takaki, Die Rechtsverhältnisse der AG. bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Gesellschafter aus der Gründung und Zeichnung (Heidelb. Diss. 1906).

§ 182. Natur des Gründungsakts. **a**) S. Note 1 JDR. **2**. **b**) *Homberger aaO. Die Statutfeststellung stellt eine einseitige Handlung der Gesamtheit der Mitwirkenden dar und ist für sich betrachtet nur Proklamierung des Inhalts des Statuts eines ins Leben zu rufenden Vereins, nicht Bindung und Verpflichtung auf dasselbe.

§ 186. Literatur: Rehm, Fälle des wirtschaftlichen Vorzugs der Sachübernahme vor der Sacheinlage, BayRpflZ. **06** 129.

Rehm aaO. Durch Wahl der Sachübernahme an Stelle der Sacheinlage läßt sich die Sperrfrist des § 39 BörsG. vermeiden, auch lassen sich Stempel- und Gebührenunkosten herabmindern, insbesondere durch eine geeignete Bemessung der für die eingebrachten Gegenstände gewährten Gegenansprüche. Durch Gewährung einer Rente als Gegenwert — was trotz § 215 HGB. zulässig ist, da sie dem Hereingeber nicht in seiner etwaigen Eigenschaft als Aktionär, sondern als Verkäufer gewährt wird — kann die Gesellschaft die Einleger dauernd an ihrem Ergehen interessieren, während derjenige, der einen Vermögenskomplex als Einlage hereingibt, regelmäßig lediglich an einem hohen Übernahmepreis interessiert ist.

§ 187. *Homberger aaO. 27. Die Gründer sind die ausführenden Organe des Vereins ohne Rechtsfähigkeit, den die entstehende Aktiengesellschaft darstellt. Bei Fassung ihrer Entschließungen gilt das Mehrheitsprinzip. Dagegen sind Vorstand und Aufsichtsrat nur kontrollierende Organe, Revisoren aber überhaupt keine Organe.

§ 188. *Homberger aaO. 8. Die Übernahme für sich ist eine einseitige Willenserklärung. Sie enthält in erster Linie die Erklärung des Beitritts zur zukünftigen Aktiengesellschaft und der Unterwerfung unter das Statut. Die Verpflichtung ist resolutiv bedingt durch die Nichtentstehung der Aktiengesellschaft. — Die Übernahme sämtlicher Aktien und die so bewirkte Errichtung geschieht durch einen Gesamtakt.

§ 189. 1. Wesen der Aktienzeichnung. **a**) S. JDR. **2** Note 1, 3, **3** Note 1. **b**) *Homberger aaO. 10 ff. Die Aktienzeichnung ist eine einseitige Willenserklärung dahin, daß der Zeichner gewillt sei unter Übernahme einer gewissen Anzahl von Aktien Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden, daß er sich unter der resolutiven Bedingung der Nichterrichtung der Aktiengesellschaft innerhalb bestimmter Frist bzw. auf Grund Nichterrichtungsbeschlusses deren Statut unterwerfe und mit dieser Maßgabe vorläufig, damit einverstanden sei, daß sie ins Leben trete. — Die Berechtigung des Zeichners beginnt nicht erst mit der Einreichung der Zeichnerliste zum Registergericht, der Einladung zu einer Vorgründungsversammlung oder der formellen Zuteilung der Aktien, sondern schon mit jeder formlosen Erklärung der Gründer, daß die Zeichnung angenommen werde. (45.) Kommt die Gesellschaft nicht zustande, so sind von den geleisteten Einlagen der Gründer wie der Zeichner die Verbindlichkeiten des nicht rechtsfähigen Vereins der entstehenden Aktiengesellschaft vorweg zu decken und erst der Rest zurückzuzahlen — natürlich unbeschadet etwaiger vertraglicher oder sonstiger Haftung der Gründer.

2. Abs. 4. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 200, ZAktWes. **16** 183. In der Teilnahme an den Erörterungen in der Generalversammlung ist unbedenklich eine

Ausübung der Aktionärrechte zu finden, wenn nicht besondere Umstände der Annahme widersprechen.

§ 192. Literatur: Gebührenordnungen von deutschen amtlichen Handelsvertretungen für Gründungsrevisoren bei AGen. (Zusammenstellung), ZAktWes. **16** 29. — Sachgründungen ohne Zuziehung von Gründungsrevisoren, BauersZ. **13** 246.

Wann ist Prüfung geboten? ZAktWes. **16** 95 (HK. Oldenburg). Der Gründungshergang ist auch in dem Falle durch besondere Revisoren zu prüfen, wenn zu den Gründern eine AG. gehört, die sich einen Sondervorteil oder Gründerlohn bedungen hat; ebenso wenn der gesetzliche Vertreter der AG. Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats der neuen AG. wird. Dieser Fall fällt zwar nicht dem Wortlaut, wohl aber dem Sinne nach unter § 192. (Ebenso Staub (8) Anm. 2, Goldmann Anm. 6, Makower (13) Anm. IIa.)

§ 194. *Unger, BuschsZ. **36** 93 f. „Entscheidet endgültig" heißt hier in Beziehung auf gerichtliche Entscheidungen nicht: mit Ausschluß der Beschwerde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern mit Ausschluß des Rechtswegs, des Zivilprozeßwegs.

§ 195. Literatur: Meister, Das Erfordernis der staatlichen Genehmigung nach § 195 Abs. 2 Ziff. 6, HoldheimsMSchr. **06** 261. — Eintragung ungültiger Gesellschaftsbeschlüsse, ZAktWes. **16** 116.

1. Allgemeines. **a**) Vgl. JDR. **4** Note 1 unter b zu § 196. **b**) ZAktWes. aaO. bespricht die Aufgaben und die Stellung des Registerrichters gegenüber Anträgen auf Eintragung seitens der AG.

2. Abs. 2 Ziff. 6. **a**) Goldmann, Note 21. Die Frage der staatlichen Genehmigung kommt insbesondere in Betracht, wenn es sich um Unternehmungen, wie Eisenbahnbetrieb, Auswanderungsvermittelung, Versicherungsgeschäft handelt, oder um solche, welche nach den Vorschriften der GewO. (§§ 16, 29) einer besonderen Genehmigung bedürfen. (S. auch Ring Note 8, Staub (6/7) Anm. 11, Makower (12).) **b**) Makower (13) Anm. 12. Die Einreichung der Genehmigungsurkunde ist nicht erforderlich, wenn für eine einzelne Betriebsanlage, die voraussichtlich für den Gewerbebetrieb nötig wird, Genehmigung vorgeschrieben ist, also nicht in den Fällen der GewO. § 16. (So auch Staub (8) Anm. 14.) **c**) Meister aaO. verficht in ausführlicher Begründung und unter Berufung auf ein Erkenntnis des LG. Stettin vom 21. 3. 06 die zu b angeführte Ansicht. Aus der Entstehungsgeschichte folgt, daß durch Ziff. 6 aus Gründen des Gemeinwohls verhindert werden sollte, daß eine AG. in das Handelsregister eingetragen würde, der die erforderliche Erlaubnis zum statutenmäßigen Betriebe fehlt. Diese Erlaubnis ist aber wohl zu unterscheiden von der Genehmigung des § 16 GewO. Für letztere sind Gründe gewerbe- und gesundheitspolizeilicher Natur bestimmend. Es braucht bei der Anmeldung zum Handelsregister noch gar nicht festzustehen, ob die AG. Anlagen der im § 16 aaO. bezeichneten Art errichten wird. Auch kann die Gesellschaft vor ihrer Eintragung, streng genommen, die Genehmigung noch gar nicht erwerben, weil sie erst durch die Eintragung entsteht. Das Verlangen nach einer Genehmigung dieser Art vor der Eintragung bietet dem Publikum keinerlei Schutz, auch daraus folgt, daß an solche Genehmigungen nicht gedacht ist.

3. Abs. 3. *Homberger aaO. Die Gründer können gegen die Zeichner auf Einzahlung der ersten Rate klagen.

§ 196. Umfang der Prüfungspflicht des Registerrichters. KG., RJA. **6** 179, BauersZ. **13** 153, KGJ. **31** A 158, OLG. **12** 425, R. **06** 269, ZBlFG. **6** 701, DNotV. **06** 533. Der Registerrichter hat zu prüfen, ob bei Einberufung der im § 190 Abs. 2 vorgesehenen Generalversammlung die Einberufungsfrist der §§ 255, 197 gewahrt ist. Zwar ist mit der herrschenden Meinung jedem

Zeichner bei Nichteinhaltung der Frist das Anfechtungsrecht aus § 271 zuzusprechen, die Bestimmung ist aber auch im öffentlichen Interesse gegeben, wie die Entstehungsgeschichte beweist. Ihre Beobachtung ist daher von dem Registergericht zu kontrollieren. — Ob das Registergericht trotz Nichtbeachtung der Frist eine Generalversammlung nach § 196 zu berufen hat, ist keine Rechts-, sondern nur Zweckmäßigkeitsfrage.

§ 200. Literatur: Homberger und Takaki, Das Recht der entstehenden AG. (s. vor § 182).

1. Die Rechtsnatur der AG. vor ihrer Eintragung. **a**) Vgl. JDR. 4 Note 1. **b**) *Homberger aaO. 19 ff. Die entstehende AG. ist ein Verein ohne Rechtsfähigkeit. Dieser tritt bei Simultangründung mit der Errichtung, d. h. mit Übernahme sämtlicher Aktien, bei Sukzessivgründung mit der Vollendung des Zusammentretens der Mitglieder, d. h. mit der Erklärung der Annahme der Zeichnungen aller zuzulassenden Zeichner durch die Gründer ins Leben. — Handelt jemand namens der entstehenden AG. so, als ob sie schon eingetragen wäre, so haftet der Handelnde auch trotz etwaiger Kenntnis des Dritten vom Nichtbestehen der AG. Mehrere haften nur, wenn sie sich aktiv beim Handeln beteiligt haben. — Schließen die Gründer Übernahmeverträge ab, so entsteht eine Haftung für sie nicht, sowohl wenn die Gesellschaft zustande kommt, als auch, wenn sie nicht zustande kommt, vorausgesetzt, daß im Gesellschaftsvertrage die Vergütungen für die Übernahme festgesetzt sind. — Abkommen über Übernahmen dagegen, über die nicht die erforderlichen Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage getroffen sind, sind und bleiben der Aktiengesellschaft gegenüber unwirksam. Nachträgliche Genehmigung durch die entstandene Gesellschaft ist ausgeschlossen. Die Haftung der Gründer richtet sich nach § 179 BGB. mit der aus der erwähnten Besonderheit sich ergebenden Modifikation. — Zum Abschluß von Geschäften anderer Art für die zukünftige AG. unter der Bedingung ihrer Entstehung sind die Gründer nicht ermächtigt. Solche Geschäfte werden nach Eintragung durch nachträgliche Genehmigung wirksam. Entsteht die Gesellschaft nicht, so verlieren sie durch den Ausfall der Bedingung ihre Bedeutung. Entsteht die Gesellschaft, wird aber die Genehmigung nicht erteilt, so tritt dann, wenn nicht auch nachträgliche Genehmigung als Bedingung beigefügt war, Haftung der Gründer nach § 179 BGB. ein. — Die durch das Gründungsgeschäft bedingten Geschäfte, die für den nicht rechtsfähigen Verein der entstehenden AG. abgeschlossen werden, wirken, soweit sie den im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Gründungsaufwand nicht überschreiten, für und gegen die entstehende wie die entstandene AG. Die Handelnden haften gemäß § 54 BGB. auch persönlich. Soweit der Gründungsaufwand überschritten wird, sind die Geschäfte der AG., der entstehenden und der entstandenen, gegenüber unwirksam. Die Handelnden haften nach § 54 BGB. — Nicht durch das Gründungsgeschäft bedingte Rechtsgeschäfte für den nicht rechtsfähigen Verein der entstehenden Aktiengesellschaft sind unwirksam. Nachträgliche Genehmigung durch die entstandene AG. ist möglich. Die Handelnden haften unter allen Umständen und bleiben nach wie vor verhaftet, auch bei Kenntnis des Dritten. — Die durch das Gründungsgeschäft bedingten Leistungen können bereits an den nicht rechtsfähigen Verein der entstehenden AG. mit Wirkung für die entstandene Aktiengesellschaft giltig erfolgen, z. B. Auflassung eines Grundstücks. **c**) Takaki aaO. unterscheidet in dem Gesamtakt der Gesellschaftsgründung zwei Stadien, die Rechtslage bis zur Errichtung (den Entstehungsvorgang, durch welchen der Körper der AG. festgestellt wird, und dem die Feststellung der Satzung und die Aktienübernahme vorausgeht) und die nach der Errichtung. Die errichtete AG. ist bis zur Eintragung, dem Embryo vergleichbar, bereits eine kor-

porativ organisierte Personenvereinigung, deren Verfassung als AG. bereits feststeht. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß ihre wesentliche Fähigkeit, eine juristische Person zu werden, durch die gesetzliche Bedingung, die Eintragung, aufschiebend beschränkt ist. Sie ist kein Verein i. S. des § 54 BGB., sondern nach den Prinzipien des Aktienrechts zu beurteilen, unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sie die werdende, noch nicht rechtsfähige AG. ist.

2. Wirksamkeit vor der Eintragung abgeschlossener Geschäfte. **a)** Vgl. Note 1. **b)** BauersZ. **13** 75 (Cöln) (altes Recht). Ein Vertrag, durch den der Aufsichtsrat einer AG. jemand zum Vorstand der AG. vor deren Eintragung beruft, ist rechtswirksam und verpflichtet die AG. Aus Art. 211, jetzt § 200, folgt nicht, daß Geschäfte, die vor der Eintragung der AG. geschlossen sind, nicht wirksam werden, wenn die AG. eingetragen wird. Diese enge Auffassung würde weder dem Wortlaute, noch dem Sinne dieser Bestimmung, noch dem sonstigen Aktienrecht entsprechen. Auch muß die Bestellung des Vorstandes vor der Eintragung der AG. erfolgen, da die Anmeldung der AG. zur Eintragung u. a. durch den Vorstand zu geschehen hat.

§ 201. Literatur: Nagelschmidt, Eintragung der Zweigniederlassung einer AG. im Grundbuch, DJZ. **06** 816.

1. Die Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehre. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 6, **3** Note 3, **4** Note 1 zu § 201. **b)** **RG. 62** 7, JW. **05** 722, HoldheimsMSchr. **06** 54, ZAktWes. **16** 17, BauersZ. **13** 84, ZBlFG. **6** 625, BayRpflZ. **06** 14. Die AG. hat keinen bürgerlichen Namen, führt vielmehr einen Namen nur vermittels ihrer Firma. Errichtet sie eine Zweigniederlassung mit abweichender Firma, so bildet diese Firma für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung ihren einzigen Namen. Erwirbt die Zweigniederlassung eine Hypothek unter ihrer Firma, so macht sie den Erwerb für die AG. unter deren für ihre durch die Zweigniederlassung betriebenen Geschäfte allein maßgebenden Namen. Daraus ergibt sich, daß die Grundbucheintragung auf die Firma der Zweigniederlassung lauten muß, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. — Ohne Bedeutung für die hier entschiedene Frage ist die andere, ob für einen Einzelkaufmann Grundbucheintragungen unter seiner Firma erfolgen können. **c)** RJA. **7** 148, ZBlFG. **7** 136 (KG.). Das KG. führt im Anschluß an RG. (RJA. **6** 223) aus, daß die Eintragung des von der Zweigniederlassung einer AG. unter ihrer Firma erworbenen Grundpfandrechts auf die von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma der Zweigniederlassung zulässig ist. **d)** Nagelschmidt aaO. Bei Eintragung einer Hypothek für eine AG. ist ein Hinweis auf die Zweigniederlassung, in deren Geschäftsbereich die Hypothek fällt, nach § 4 PrAllgVf. z. Ausf. der GBO. v. 20. 11. 99 zulässig.

2. Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen AG. BauersZ. **14** 59, R. **06** 1205 (BayObLG.). Auch eine ausländische AG. ist verpflichtet, eine im Inlande betriebene Zweigniederlassung zur Eintragung in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie die Zweigniederlassung besitzt, anzumelden. Die Anmeldung ist durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken. Gegen eine Verfügung des Registergerichts, durch die wegen unterlassener Anmeldung eine Ordnungsstrafe gegen den Vertreter der AG. festgesetzt worden ist, steht nur diesem, nicht der AG. die Beschwerde zu.

3. Firma der Zweigniederlassung. **a)** BayObLG., RJA. **7** 114, BauersZ. **13** 253, BayObLG. **6** 63, BayRpflZ. **06** 144, JustdRundsch. **5** 139, OLG. **12** 409, SeuffBl. **06** 631, ZBlFG. **6** 888. Eine AG. B. H., welche ein Bankgeschäft von H. H. in B. erworben hat und als Filiale weiterführt, kann für sie firmieren: B. H. Filiale B., vormals H. H. **b)** BauersZ. **13** 271 (Darmstadt). Das OLG. erklärt die Firmenbildung „Friedberger Bank, Filiale

der Landgräflich Hessischen Konzessionierten Landesbank" für unzulässig, weil mit dem Gesetz der Firmeneinheit unvereinbar. Hier erscheint „Friedberger Bank" als eigentlicher Name, das, was der eigentliche Name sein sollte, als nebensächlicher Zusatz.

4. Vgl. auch o. Ziff. I 1 zu § 22.

§ 207. Literatur: BauersZ. **13** 125. Haftung des Aufsichtsrats, der einen Nachgründungsvertrag nicht mit der gehörigen Sorgfalt geprüft hat.

1. BauersZ. aaO. Der Aufsichtsrat hat eingehend zu prüfen, ob die Wirkungen der beabsichtigten Vereinbarung vorteilhaft oder nachteilig sein werden. Er muß den Wert etwa zu übernehmender Anlagen feststellen, bei Übernahme eines Geschäfts auch die Unterlagen der vorgelegten Bilanzen nachprüfen.

2. Umgehung der Vorschriften über qualifizierte Gründung. RJA. **7** 248, ZBlFG. **5** 588 (Dresden). Der Beschluß der Generalversammlung einer AG. auf Erwerb eines Handelsgeschäfts im Wege der Nachgründung ist unwirksam, wenn der Erwerb schon bei Gründung der AG. in Aussicht genommen, und nur zur Umgehung der Vorschriften über die Bestellung von Revisoren nachträglich beschlossen wurde.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Literatur: Hacker, Der Nießbrauch von Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, HoldheimsMSchr. **06** 181 ff.

Allgemeines. 1. Die Stellung der Aktionäre zum Vermögen der AG. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2 zu §§ 210 ff., **4** Note 1b zu Titel 2. Die Entsch. Dresden, JDR. **4** Note 1b steht auch DJZ. **06** 603, BauersZ. **13** 100. **b)** **RG.** BauersZ. **13** 242, DJZ. **06** 877, JW. **06** 433, ZAktWes. **16** 142. Es gibt keine von der AG. als solcher verschiedene Gesellschaft der Aktionäre. Die Ersatzansprüche aus § 249 Abs. 1 stehen der AG. zu. Der Konkursverwalter kann über sie durch Vergleich verfügen. Der Aufsichtsrat wird nicht von der „Aktionärschaft" zum Schutze ihrer Interessen, sondern von der Generalversammlung als Organ der AG. berufen. Ohne Bedeutung ist, daß u. U. die Gläubiger aus den §§ 241, 249 HGB. einen unmittelbaren Anspruch gegen den Aufsichtsrat haben. — Offen bleibt hierbei die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der einzelne Aktionär einen Ersatzanspruch gegen das Aufsichtsratsmitglied wegen Verletzung des § 249 Abs. 1 hat.

2. Aktienerwerb. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 3, **4** Note 2 zum 2. Titel. **b)** **RG.** (in Bestätigung von OLG. Dresden, JDR. **4** Note 2, abgedruckt auch ZAktWes. **16** 82) **62** 29, BauersZ. **13** 153, JW. **06** 32, ZAktWes. **16** 21, BankA. **5** 109. Die AG. haftet dem Aktionär nicht für den Schaden, der ihm dadurch erwächst, daß er durch schuldhaftes Verhalten ihrer Organe zum Erwerb der Aktien veranlaßt worden ist, und zwar auch dann nicht, wenn die AG. bei dem Erwerbe der Aktien als Kommissionärin tätig gewesen ist. Die Einwendungen Lehmanns (HoldheimsMSchr. **03** 159) gegen diese bereits **RG.** **54** 128 vertretene Ansicht sind nicht stichhaltig. — Der Schadensersatzanspruch würde nach BGB. begründet sein. Die Vorschriften des BGB. sind aber nicht anwendbar, weil unvereinbar mit dem Wesen der AG. und den daraus herzuleitenden handelsrechtlichen Grundsätzen. Dem Aktionär ist es nicht gestattet, seine zu Recht bestehende Aktienbeteiligung in ein Gläubigerrecht umzuwandeln und den Gesellschaftsgläubigern Konkurrenz zu machen, einerlei, ob er sich auf eine unerlaubte Handlung der AG. stützt, oder auf eine Vereinbarung beruft, in der sie sich zur Tragung des Schadens verpflichtet habe, oder endlich seinen Anspruch indirekt darauf gründet, daß die AG. gegen ihre Vertragspflichten (hier als Kommissionärin) verstoßen habe und aus diesem Grunde für den durch die Beteiligung des Aktionärs entstandenen Schaden hafte. **c)** Dazu BauersZ. **14** 33. Be-

denklich sei die Rechtsprechung des RG., wonach eine Haftung der AG. gegenüber Aktionären wegen unerlaubter und schädigender Handlungen nicht besteht.

3. Nießbrauch an der Aktie. Hacker erörtert aaO. eingehend die Rechtsstellung des Nießbrauchers und des Inhabers der Aktie, sowie die aus dem Nießbrauchsverhältnis sich ergebenden Rechtsfolgen. (Näheres vgl. o. zu §§ 1068 ff. BGB.)

4. Die AG. als Kommanditistin? S. Note zu § 161.

§ 210. Literatur: BauersZ. **13** 77. Die Haftung der AG. für schadenstiftende Handlungen und Unterlassungen ihrer Vorstandsmitglieder.

1. Haftung für außerkontraktlichen Schaden. R. **06** 369, SeuffBl. **06** 530 (BayObLG.). Daß AG. auch für den Schaden verantwortlich sind, den ihr Vorstand außerhalb eines Vertragsverhältnisses bei Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen verursacht hat, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt.

2. Strafrechtliche Haftung. (S. auch zu § 31 BGB. u. Note 3b zu § 231.) **RG.** (Straff.) **37** 393. Die AG. gehört zu den nach §§ 4 f. WechselstempelsteuerG. für die Entrichtung der Abgabe verhafteten Personen.

§§ 211 ff. Literatur: Leist, Die Sanierungsbeschlüsse von AGen und die Bedeutung der Formvorschrift des § 288 Abs. 2 HGB., HoldheimsMSchr. **06** 64. — Tecklenburg, Verschiedene Bewertung der alten Aktien bei Schaffung von Prioritäts- und Stammaktien, HoldheimsMSchr **06** 11.

1. Sanierungen. Tecklenburg aaO. verteidigt seine Ausführungen (s. JDR. **2** 1bδ) über die verschiedene Bewertung der alten Aktien bei Schaffung von Prioritätsaktien ausführlich gegen die Kritik Leists (s. JDR. **4** 3c) und beleuchtet kritisch die Ausführungen von Leist.

2. Vgl. u. zu § 288.

§ 213. Literatur: Bondi, Der Begriff der Einlage des Aktionärs, DJZ. **06** 1250. — Sievers, Verkauf eigener Aktien durch die AG. Zur Auslegung der §§ 213, 215 HGB., R. **06** 974 (abgedruckt teilweise ZAktWes. **16** 175).

1. Begriff der Einlage. **a)** Sievers aaO. „Einlage" ist der Vermögenswert, den der Gesellschafter an die Gesellschaft zu leisten hat, als Gegenleistung für den Erwerb der Mitgliedschaftsrechte, der Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden und den Zwecken der Gesellschaft dienen soll, nicht nur die Einzahlung auf das Grundkapital, sondern auch Zinsen, Vertragsstrafen, Agio, die Einzahlung des Vorbesitzers nach § 220, die Zahlung des Erstehers bei Anwendung von §§ 220³, 290³. Der Kaufpreis, den der Käufer einer AG. beim Erwerb eigener Aktien von ihr an die Gesellschaft zu zahlen hat, ist hiernach seine Einlage, die Kondiktion desselben ist nach diesem Paragraphen unzulässig. Hier wie bei der Frage der Anfechtbarkeit von durch Betrug hervorgerufenen Zeichnungen von Aktien kollidieren die Normen des allg. Rechtes mit den Sonderregeln des Aktienrechts; den letzteren gebührt in beiden Fällen der Vorrang. **b)** Bondi aaO. (gegen Sievers). Es sind zwei Arten von Einlagen zu unterscheiden: a) Einlagen im eigentlichen Sinne, nämlich Einlagen auf das Grundkapital, das sind die mit dem Nennwert der Aktien sich deckenden Kapitalbeträge, die die Zeichner auf ihre Aktien einzahlen, b) die Einlagen im weiteren Sinne, die mit dem Grundkapital nichts zu tun haben, Agio, Zinsen, Vertragsstrafen nach § 218 und ähnliche Leistungen, Zuzahlungen ohne Erhöhung des Grundkapitals. Beide Arten setzen aber voraus, daß die Rechte, die die AG. als Gegenleistung gewährt, zum ersten Male entstehen. Das entspricht dem Sinne des Gesetzes und der Lebensauffassung. Diese Bedingung ist aber nicht gegeben, wenn jemand von einer AG. eigene Aktien kauft, die bereits ausgegeben und auf irgendeine Weise, etwa durch Schenkung, an die AG. zurückgelangt waren.

2. KG., JDR. 4 Note 3b = GoldschmidtsZ. 58 307; Hamburg, JDR. 4 Note 2 = GoldschmidtsZ. 58 313.

3. Reingewinn. a) Vgl. JDR. 3 Note 1, 4 Note 2. b) BauersZ. 14 57, R. 06 1206 (BayObLG.). Reingewinn der AG. ist nur, was nach den Abschreibungen und den Zuwendungen zum Reservefonds, dem der Gewinnvortrag gleichzustellen ist, von den Jahreserträgnissen übrig bleibt.

§ 215. Literatur: Sievers (s. bei § 213). — ZAktWes. 16 51: Dividendengarantie.

Dividendengarantie. 1. Vgl. JDR. 3 Note 2, 4 Note 1.

2. Sievers aaO. Abs. 1 stellt zwei Regeln nebeneinander auf. Es darf verteilt werden nur der Reingewinn und: es dürfen Zinsen von bestimmter Höhe an Aktionäre weder bedungen noch gezahlt werden. Zinsen dürfen daher nicht einmal aus dem Reingewinn bedungen werden. Die von Rehm (s. JDR. 3 Note 1 zu § 315) vorgetragene Ansicht, daß das Verbot der Dividendengarantie nur auf die ursprüngliche Einlage des Aktionärs und die Leistungen aus Anlaß einer Kapitalserhöhung sich erstreckt, nicht aber auf die Fälle, wo jemand sonst Aktien von der AG. erwirkt, ist im Gesetz nicht begründet. §§ 213 und 215 gehören zu den Grundpfeilern des Aktienrechts und bedeuten, daß der Aktionär, von dem Anspruch auf Liquidations- und Gewinnquote abgesehen, niemals Gläubigerrechte gegen die AG. haben kann.

3. ZAktWes. aaO. führt aus, daß eine direkte wie auch eine indirekte Gewinngarantie unwirksam ist, es sei denn, daß sie von einem Dritten geleistet wird, und bekämpft die Ansicht, welche eine Garantie durch die AG. dann zulassen will, wenn die AG. eigene Aktien im Wege des Verkaufs, Tausches, der Hingabe an Erfüllungsstatt usw. weggibt. Es wird ferner ein Urteil des OLG. Hamm (s. Note 4) mitgeteilt, eine AG. betreffend, die statutarisch berechtigt war, eine Erhöhung der Frachttarifsätze bis zu 30 pCt. zur Erzielung von 4 pCt. Dividende einzufordern. In dieser Bestimmung ist keine unzulässige Dividendengarantie gesehen. Das OLG. soll sich dahin ausgesprochen haben, daß § 215 einer Garantie nicht entgegensteht, wenn nach dem Statut die zur Erfüllung der Garantie erforderlichen Mittel nötigenfalls dadurch beschafft werden könnten, daß die Aktionäre Nachzahlungen für die von der AG. geleisteten Dienste leisteten.

4. R. 06 126 (Hamm). Diese Vorschrift schließt die Übernahme einer Dividendengarantie zugunsten gewisser Aktionäre dann nicht aus, wenn nach dem Statut die zur Erfüllung dieser Garantie erforderlichen Mittel nötigenfalls dadurch zu beschaffen sind, daß die Aktionäre Nachzahlungen auf die Vergütung für die ihnen von der AG. geleisteten Dienste leisten.

5. BauersZ. 13 251, OLG. 12 429 (Darmstadt). Das Versprechen fester Zinsen an einen Aktionär ist nichtig, einerlei, ob die AG. es als solche, oder in ihrer Eigenschaft als Verkäuferin der Aktien gegeben hat. Gleichgültig ist, daß das Versprechen nicht einem Aktionär, sondern dem werdenden Aktionär beim Erwerb der Aktien gegeben worden ist (verb „für die Aktionäre"); unerheblich auch, daß es zeitlich beschränkt und nur streng persönlich gegeben ist; daß in concreto eine Beeinträchtigung des Grundkapitals ausgeschlossen, hat keinen Einfluß auf die Entscheidung. Das Versprechen läßt sich auch nicht als Kauf unter der Verpflichtung teilweiser Rückzahlung des Kaufpreises aufrecht erhalten.

§ 217. Literatur: BauersZ. 13 147: Steht dem Vorstand, der wegen Verteilung einer ungerechtfertigten Dividende von der AG. schadensersatzpflichtig gemacht worden ist, gegen die Aktionäre ein Anspruch auf Rückgabe zu?

BauersZ. aaO. bejaht die in der Überschrift angeregte Frage, und spricht den Aktionären auch die im § 217 gewährte Einrede ab, daß sie beim Empfang gutgläubig gewesen seien.

§§ 222 f. Literatur: Neukamp, Können Namensaktien oder Interimsscheine über Aktien rechtsgültig übertragen werden, wenn bei der AG. ein Aktienbuch nicht geführt wird? BankA. 5 163. — BauersZ. 13 201: Wann und wie ist ein Aktienbuch zu führen?

1. Neukamp aaO. teilt eine Entsch. des RG. (s. Note 2) mit, durch die der Beklagte, der bei Gründung einer AG. 20 nicht volleingezahlte Aktien übernommen und dafür Interimsscheine erhalten hat, die er seinem Schwiegersohne verkauft hat, ohne daß die Umschreibung im Aktienbuch erfolgen konnte, da ein solches nicht geführt wurde, verurteilt ist, die eingeforderte Resteinzahlung zu leisten, weil ohne Umschreibung im Aktienbuch der Erwerber der AG. gegenüber nicht als Aktionär gilt. Er folgert daraus: a) Wer Interimsscheine oder Namensaktien bei Gründung einer AG. oder Kapitalserhöhung erwirbt, wird Aktionär ohne Eintragung im Aktienbuch. § 223 Abs. 3 trifft nur den derivativen Erwerb. b) Jede AG. mit Namens- oder nicht voll eingezahlten Aktien muß ein Aktienbuch führen. Der Erwerber einer solchen Aktie kann auf Eintragung in das Aktienbuch, mithin auch auf Anlegung eines solchen klagen. c) Die Übertragung des Aktienrechts ohne Eintragung in das Aktienbuch hat nur obligatorische, keine dingliche Wirkung. Der Veräußerer bleibt bis zur Umschreibung Aktionär, ist stimmberechtigt, kann die Dividende fordern, und ist zur Volleinzahlung verpflichtet.

2. BauersZ. 13 104 (Cöln) und dieses bestätigend **RG.** BauersZ. 13 174, GruchotsBeitr. 50 1020, HoldheimsMSchr. 06 113, JW. 06 177, ZAktWes. 16 85. Die AG. ist zwar verpflichtet, ein Aktienbuch zu führen. Führt sie aber ein solches nicht, so kann sich der Veräußerer von Aktien der Gesellschaft gegenüber nicht auf die Veräußerung berufen; einerlei, ob der Erwerber inzwischen zur Generalversammlung zugelassen worden ist oder nicht. Ihr gegenüber gilt der Erwerber nach Abs. 3 nur dann als Aktionär, wenn er im Aktienbnch eingetragen ist.

3. **RG.** BauersZ. 14 53, HoldheimsMSchr. 06 228, R. 06 757, ZAktWes. 16 155. Durch die Eintragung im Aktienbuch vollzieht sich ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Eingetragenen, der gegenseitige Rechte und Pflichten erzeugt. Die Eintragung hat nur dann Rechtswirkung, wenn sie entweder auf eigene Anmeldung oder auf Anmeldung eines hierzu Beauftragten des Eigentümers oder mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung erfolgt ist. Die bloße Tatsache der Eintragung begründet keine Vermutung dafür, daß die Eintragung auf dem Willen des Eintragenden beruht.

4. *Langen, Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte 100 ff. § 794 BGB. und § 364 Abs. 2 HGB. finden auf Orderaktien entsprechende Anwendung.

§ 225. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 76. Für die dem Aktionär als solchem zustehenden Klagen (§§ 271, 309) gilt exceptio plurium litis consortium auch dann, wenn das Miteigentum an der Aktie Miteigentum nach Bruchteilen ist; jedoch genügt bei Inhaberaktien der Besitz der Aktie zur Sachlegitimation.

§ 226. Literatur: Runkel-Langsdorff, Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die AG. Leipzig 1906.

1. *Runkel-Langsdorff. Ausgehend vom Erwerb eigener Aktien durch die AG. wird auf die inkonsequente Behandlung hingewiesen, die die eigenbesessenen Aktien erfahren und die Konstruktion einer einheitlichen Theorie versucht. Als deren wichtigste Folgen ergeben sich: a) Die AG. darf auf Grund eigener Aktien das Stimmrecht ausüben. b) Sie ist zum Bezuge der Dividenden ꝛc. befähigt. c) Die eigenen Aktien bilden in der Bilanz einen Aktivposten. d) Es ist absolut unmöglich, den gesetzlichen Reservefonds des § 262 HGB. aus eigenen

Aktien zu bilden. Dieser Punkt wird eingehend erörtert, an der Hand von Beispielen wird gezeigt, daß man auch in der Praxis häufig einer unrichtigen Auffassung über den Reservefonds begegnet. — Im Anschluß an den Erwerb zum Besitze wird in großen Zügen der Erwerb eigener Aktien zur Vernichtung (Amortisation) gestreift. Besonders betont wird die für den § 227 HGB. charakteristische vielgestaltige Auslegung.

2. R. **06** 1271 (BayObLG.). Die AG. darf eigene Aktien usw. erwerben, soweit es außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs geschieht, z. B. durch Schenkung. Verfolgt die Schenkung den Zweck, den Schenker von der Leistung ausstehender Einlagen zu befreien, so ist sie nichtig, weil sie sich dann als Umgehung des § 221 darstellt.

§ 227. 1. Vgl. Note 1 zu § 226 und Note zu § 288.

2. RJA. **7** 40, KGJ. **31** A 165, R. **06** 705, ZBlFG. **7** 90 (KG.). Eine den ursprünglichen, eine Bestimmung über Amortisation nicht enthaltenden Gesellschaftsvertrag abändernde Vorschrift, die Einziehung von Aktien solle sowohl mittels Ankaufs, als auch durch Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise erfolgen können, ist unzulässig. § 227 ist öffentlich-rechtlicher Natur und soll die Aktionäre und die Gläubiger schützen. Eine Abänderung des Statuts dahin, daß die Einziehung mittels Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise aus dem Gewinn erfolgen solle, erscheint zulässig, weil dadurch die Gläubigerinteressen nicht gefährdet werden. Der obige Beschluß ist aber zu unbestimmt; er läßt nicht erkennen, ob nur aus dem Reingewinn und in welcher Weise, nach welchen Normen und in welchen Zeiträumen im einzelnen amortisiert werden soll, es ist ein wenigstens in seinen Grundzügen bestimmter Amortisationsplan zu fordern (aA. Pinner), weil die jeweilige Höhe des Grundkapitals von der Willkür der Gesellschaftsorgane unabhängig sein soll.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Literatur: Bauer, Rechte und Pflichten des Vorstandes. (Sammlung von Abhandlungen und Entscheidungen, die sich auf die Rechtsstellung, die Ansprüche, die Befugnisse und Obliegenheiten der Vorstandsmitglieder der AGen. beziehen.) Leipzig Selbstverlag 1905. — BauersZ. **13** 122: Widerspruch zwischen Statut und Anstellungsvertrag. — Das. 217: Der Vorstand einer AG. darf sein Amt sofort niederlegen, weil sein Vorgänger sich Veruntreuungen und Bilanzfälschungen schuldig gemacht hat. — ZAkt. Wes. **16** 138: Die Unterwerfung von Vorstandsmitgliedern unter die Konkurrenzklausel.

1. Die vertragliche Stellung des Vorstandes zur AG. **a**) Vgl. JDR. **2** Note 2, **3** Note 2, **4** Note 1. **b**) Allgemeines. BauersZ. **13** 122. Bei einem Widerspruch zwischen den Bestimmungen des Statuts und des Anstellungsvertrags gehen die ersteren vor. Das Statut ist das Grundgesetz, dem Vorstand und Aufsichtsrat unterworfen sind, bis es rechtsgültig abgeändert ist. **c**) Urlaub. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 51, BauersZ. **13** 123. Es ist im allgemeinen anzuerkennen, daß der Vorstand einer AG. berechtigt ist, sich in dringenden Fällen für kürzere Zeit selbst zu beurlauben, falls nur für gehörige Vertretung Sorge getragen ist. In concreto sind die Parteien einig, daß der Direktor zur Entfernung in Privatangelegenheiten der Erlaubnis des Aufsichtsrats bedurfte, und der Aufsichtsrat seine Erlaubnis nach Erteilung wieder zurückgezogen hatte. Das RG. sieht einen wichtigen Kündigungsgrund darin, daß der Direktor, dem bereits gekündigt war, sich gleichwohl entfernte. Erschwerend kam hinzu, daß er drei volle Werktage abwesend war und dem Aufsichtsrat seine Abwesenheit nicht mitteilte, obwohl er eine Revision zu gewärtigen hatte. In diesem Verhalten liegt eine Geringschätzung des Aufsichtsrats. **d**) Beendigung des Anstellungsverhältnisses. α. Entlassung. BauersZ. **13** 122. Wenn ein mit Arbeit überlasteter Direktor, der sonst zu Klagen keinen Anlaß gegeben, die An-

meldung einer Forderung im Konkurse eines Schuldners unterlassen, und dadurch einen Ausfall verschuldet hat, so liegt darin kein wichtiger Kündigungsgrund. (Vgl. auch Note c.) β. Amtsniederlegung. BauersZ. 13 217 begründet den im Titel angeführten Satz damit, daß durch derartige Vorkommnisse der Ruf und die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft beeinträchtigt wird, ihre Lage mithin, wenn die Vorkommnisse erst nach der Anstellung eines neuen Vorstandsmitglieds entdeckt wird, eine ganz andere ist, als dieses vorausgesetzt ist. c) Konkurrenzklausel. α. RG. DJZ. 06 1375. Eine Konkurrenzklausel, durch die der Vorstand einer AG. zugunsten der AG. beschränkt wird, verliert ihre Wirksamkeit, wenn das Vertragsverhältnis vorzeitig durch Kündigung des Konkursverwalters der fallit gewordenen AG. sein Ende erreicht. β. ZAktWes. 16 138 (Kiel). Die Vorschriften des HGB. über die Konkurrenzklausel bei Handlungsgehilfen können als Ausnahmebestimmungen nicht ohne weiteres auf die Konkurrenzverbote bei Vorstandsmitgliedern von AG. angewandt werden. Bei diesen ist zu prüfen, ob die Vorstandsmitglieder dadurch, daß sie durch die Konkurrenzklausel für sich sehr gebunden wurden, und daß die Klausel für ganz Deutschland gelten sollte, in ihrem Fortkommen sich übermäßig behindert fühlen konnten, und daß sie selbst, indem sie sich derartigen Bedingungen unterwarfen, nicht ihrem freien Willen, sondern mehr der Not gehorchten. (Die Fragen werden in concreto verneint.)

2. Verhältnis vom Vorstand zum Aufsichtsrat. a) Vgl. JDR. 2, 3 Note 2c, 4 Note 3. b) OLG. 12 435, BauersZ. 13 218 (Dresden). Wenn der Vorstand in den Statuten angewiesen wird, die Beschlüsse des Aufsichtsrats zu befolgen, so sollte selbstverständlich damit nur Gehorsam gegen die dem Gesetz und den Statuten entsprechenden Anordnungen vorgeschrieben, nicht aber der Vorstand für den Fall entlastet werden, daß er auf Grund einer Anordnung oder mit Billigung des Aufsichtsrats bei einer der im Abs. 3 des § 241 HGB. angeführten Maßnahmen mitwirke.

3. Stellung des Vorstandes nach außen. a) Annahme von Personal. GewA. 11 357 (KfmG. Stettin). Wenn der Vorstand einer AG. kaufmännisch gebildetes Personal annimmt zur Erledigung von Korrespondenzen u. ähnl., ohne zu erklären, daß er es für seinen persönlichen Dienst annehme, wird die AG. dadurch verhaftet. b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit. α. S. Note 2 zu § 210. β. RG. Straff. 37 393. Die gegen die AG. aus dem Wechselstempelsteuergesetze zu verhängenden Geldstrafen sind gegen die Vorstandsmitglieder festzusetzen. Auf ihre Kenntnis vom Erwerb des Wechsels kommt es nicht an. Die Strafbarkeit wird begründet durch die Unterlassung der gebotenen Verstempelung in Verbindung damit, daß die AG. den Wechsel nicht ordnungsmäßig verstempelt aus den Händen gibt. Identität des Weitergebenden mit dem für die Versteuerung Verantwortlichen ist nicht erforderlich. Die Strafbarkeit des einen Vorstandsmitglieds wird dadurch, daß das andere den unverstempelten Wechsel weggegeben hat, nicht ausgeschlossen.

4. Stellung des Vorstandes zur Generalversammlung. Vgl. Note zu § 253.

§ 232. 1. HessRspr. 7 107 (Darmstadt). Die Beschwerde einer AG., deren Vorstand nur kollektivvertretungsberechtigt ist, ist als unzulässig zu verwerfen, wenn die Vollmacht des Anwalts, der sie eingelegt hat, nur von einem Vorstandsmitglied gezeichnet ist.

2. RG. 61 223. Wird eine Gesellschaft (die Entscheidung ist ergangen für eine Genossenschaft) von drei Personen als Gesamtvertretern vertreten, so wird ein von zwei Vorstandsmitgliedern abgeschlossener Vertrag nicht dadurch wirksam, daß das dritte Mitglied ihn den beiden anderen gegenüber genehmigt. Die nachträgliche Zustimmung ist als ein Internum Dritten gegenüber von keiner Be-

deutung, wenn sie nur den anderen Vorstandsmitgliedern, nicht auch dem Dritten gegenüber erklärt worden ist. Nur bei dieser Auffassung wird dem Charakter der Gesamtvertretung hinreichend Rechnung getragen.

§ 234. KG., GoldschmidtsZ. **58** 291 = JDR. **4** Note 2 zu § 234.

§ 240. Vgl. Note 1 zu § 226.

§ 241. Schadensersatzpflicht. 1. Im allgemeinen. OLG. **12** 435 (Dresden). Der Vorstand wird seiner Schadensersatzpflicht nicht dadurch überhoben, daß er eine der in Abs. 3 erwähnten Handlungen im vermeintlichen Interesse der AG. vornimmt. Doch bleibt ihm der Einwand offen, daß die Unterlassung der Handlung die AG. noch mehr geschädigt haben würde. (S. auch Note 2b zu § 231.)

2. Im Falle des Abs. 3 Ziff. 2. **RG.** BauersZ. **13** 124. Wenn ein Direktor auf Schadensersatz belangt wird, weil er unrichtig bilanziert und dadurch die Verteilung einer bei richtiger Berechnung nicht verteilbaren Dividende herbeigeführt hat, kann er sich nicht damit entschuldigen, daß in dem nächsten Geschäftsjahr der Abschluß so war, daß auch bei richtiger Bilanzierung eine Dividende verteilt werden konnte. Durch die Verteilung der unberechtigten Dividende hat der Vorstand die AG. geschädigt. Dieser Schaden wird durch die spätere günstige Gestaltung der Geschäftsverhältnisse nicht berührt; da ferner der Vorstand zu möglichst günstiger Geschäftsführung verpflichtet ist, stellt sich das spätere gute Ergebnis nicht als eine Erfüllungsleistung auf die Schadensersatzpflicht dar. — BauersZ. aaO. bekämpft ➼ mit wenig überzeugenden Gründen — Red. ⟵ diese Entscheidung als dem Rechtsgefühl widersprechend.

§ 243. Literatur: Bauer, Aufsichtsrat (3). 1905. — Wermert, Zur Reform des Aufsichtsrats und der Revision bei AGen, ZStaatsw. **06** 452—514: BauersZ. **16** 4. — Über die Pflicht des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder zur Herausgabe der auf seine Funktionen bezüglichen Bücher und Schriften.

1. JDR. **4** Note 3b steht auch GoldschmidtsZ. **58** 310.

2. „Wahl" des Aufsichtsrats. **a)** Makower 13 IIb. Die AG. kann durch Vertrag die Verpflichtung übernehmen, bestimmte Personen zu Mitgliedern des Aufsichtsrats zu wählen. **b)** RJA. **7** 204, BankA. **6** 77, ZBlFG. **7** 434 (KG.). Wie die Entstehungsgeschichte zeigt, geht § 243 von der Anschauung aus, daß die sämtlichen Mitglieder des Aufsichtsrats ihre Wirkung durch die freie, völlig uneingeschränkte Wahl der Generalversammlung erlangen sollen. Namentlich soll eine Delegation seitens Dritter unzulässig sein. Daher ist eine statutarische Bestimmung unzulässig, die dahin geht: „Für den Königlich Preußischen Staat sind zwei Vertreter als stimmberechtigte Mitglieder in den Aufsichtsrat zu wählen". Hierin würde eine Delegation liegen. Die Bestimmung läßt sich auch nicht als bloße Beschränkung der passiven Wahlfähigkeit für die fraglichen Aufsichtsratsstellen aufrecht erhalten. Den statutarischen Bestimmungen ist durch § 243 die feste Grenze gezogen, daß keine so weit gehende Einengung der zur Wahl geeigneten Personen erfolgen darf, daß dadurch die Wahlfreiheit der Generalversammlung ausgeschlossen oder doch im wesentlichen vereitelt wird. Dies würde hier der Fall sein. Diese Auffassung befindet sich in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung. Sie wird auch nicht durch den besonderen Charakter oder die Zwecke der einzelnen AG. beseitigt: gleichgültig ist es daher, ob die AG. weniger Erwerbszwecken als gemeinnützigen und kulturellen Aufgaben dient. [S. auch **RG.** **57** 205 (JDR. **4** Note 1 zu § 52 GmbHG.) für die GmbH.]

§ 245. Literatur: Goldschmit, Zur Berechnung der Tantiemen des Aufsichtsrats, GoldschmidtsZ. 58 208. — Hachenburg, Der Widerruf der Vergütungen für den Aufsichtsrat, HoldheimsMSchr. **06** 145. — Zur Tantiemesteuer: ZAktWes. **16** 74: Zur Einführung der Tantiemesteuer. ZAktWes. **16** 97: Das Tantiemesteuergesetz.

Ausführungsbestimmungen das. 134. — BauersZ. **15** 266. Wann ist die Aufstellung betr. die an den Aufsichtsrat, Aktienvereine und GmbH. gezahlten Bezüge zu machen und die Reichssteuer dafür zu entrichten? — Das. **16** 3. Ausführungsbestimmungen.

1. Berechnung der Tantieme. *Goldschmit aaO. Sind bei einer AG. mehrere Aktiengattungen mit verschiedener Gewinnbeteiligung vorhanden, so bezieht der Aufsichtsrat gemäß § 245 HGB. auch dann Tantieme, wenn nicht jede Aktiengattung eine 4prozentige Dividende erhalten hat, wofern nur ein Betrag für Dividende zur Ausschüttung gelangt, der 4 pCt. des gesamten Grundkapitals ausmacht. Eine für den Aufsichtsrat ungünstigere Tantiemenberechnung kann im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.

2. Die der Generalversammlung im Abs. 2 gewährten Befugnisse. **a**) Staub 677 Anm. 4. Beruht die Festsetzung der Vergütung auf den Statuten, so kann eine Abänderung der Statuten, welche die Vereinbarung herabsetzt, mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Falls der Anspruch der zur Zeit des Beschlusses amtierenden Aufsichtsratsmitglieder nicht auf besonderen Abmachungen, sondern lediglich auf Generalversammlungsbeschluß oder Gesellschaftsvertrag beruht, so ist anzunehmen, daß er sich ohne weiteres modifiziert, weil die Annahme des Amtes als Aufsichtsrat ohne besondere Vereinbarung dahin zu verstehen ist, daß als Vergütung immer das zu verstehen ist, was Statut oder Generalversammlungsbeschluß darüber bestimmen. — Mithin ist die Herabsetzung der Vergütung in diesem Falle kein wichtiger Kündigungsgrund. **b**) Goldmann Komm. Note 13. Ein herabsetzender Generalversammlungsbeschluß wirkt nur für die Zukunft, aber auch für die derzeitigen Aufsichtsratsmitglieder. Da das Gesetz der Generalversammlung das nicht abänderbare Recht zu jederzeitiger Herabsetzung der Vergütung einräumt, liegt in der Wahl zum Aufsichtsratsmitglied und der Annahme der Wahl die stillschweigende Vereinbarung, daß die Übernahme des Amtes unter Einräumung dieser Befugnis geschehe. Die Unterscheidung Staubs zwischen den Fällen, wo die Vergütung besonders vereinbart ist, oder auf Statut beruht, ist in dem von Staub gebrauchten Sinne ohne inneren Wert. — **c**) Makower (13) Anm. 2c. Daß der Generalversammlungsbeschluß über Herabsetzung der Vergütung auch auf die bestehenden Verträge, soweit die Zeit nach dem Beschluß in Frage kommt, einwirken soll, ist zwar vom Gesetz beabsichtigt, aber nicht genügend in ihm zum Ausdruck gekommen. Ein solcher Beschluß ist daher aufzufassen als ein Widerruf der bisherigen Bestellung verbunden mit einer Neuwahl unter Angebot veränderter Vertragsbedingungen.

3. Widerruf der Vergütung. *Hachenburg aaO. stellt für die Vergütung für den Aufsichtsrat folgende Sätze auf: a) Die Festsetzung derselben im Statute ist nur für das Verhältnis zwischen AG. und Aktionären bindend. Die Gewährung einer höheren Vergütung durch die Generalversammlung ist als Verletzung des Statutes anfechtbar. Eine geringere Vergütung kann bei der Wahl des Aufsichtsrats mit diesem vereinbart werden. Zwischen der AG. und dem Aufsichtsrat hat die Festsetzung der Vergütung im Statut nur die Bedeutung, daß sie mangels entgegengesetzter ausdrücklicher Abrede als Inhalt des Anstellungsvertrags gilt. b) Das Verhältnis zwischen AG. und dem Aufsichtsrat beruht auf Rechtsgeschäft. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen für dasselbe. Daher auch die Gebundenheit der Gesellschaft an die, sei es ausdrücklich sei es stillschweigend, vereinbarte Vergütung. c) Die Bestimmung des § 245 Abs. 2 HGB. über die Herabsetzung der im Statut festgesetzten Vergütung für die Mitglieder des Aufsichtsrats hat rechtlich nur die Bedeutung, daß hierzu nicht mehr als die einfache Mehrheit der Stimmen erforderlich ist. Nicht aber kann aus ihr gefolgert werden, daß mit dieser Herabsetzung ein Widerruf

der Vergütung für den im Amte befindlichen Aufsichtsrat für den Rest seiner Amtsdauer verbunden ist.

§§ 246 ff. Literatur: Rehm, Empfiehlt es sich, die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG. genauer zu bestimmen? Verh. des 28. DJT. Gutachten I 20. — Sievers, desgl. DJZ. **06** 902. — ZAktWes **16** 184 desgl. — ZAktWes. **16** 248: Juristentag und Aufsichtsratsfragen. — BauersZ. **14** 27 desgl.

1. Rehm aaO. kommt zu dem Ergebnis: Es empfiehlt sich a) eine nähere Bestimmung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrats teils unmittelbar vom Gesetz, teils zwangsweise durch Gesellschaftsvertrag, b) die zwangsweise Einführung einer mindestens alle zwei Jahre zu wiederholenden formellen und materiellen Prüfung der Rechnungsführung der Gesellschaft durch außerhalb des Unternehmens stehende sachverständige Rechnungsprüfer, c) eine Erleichterung der Rückgriffsklage gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für Aktionärminderheiten.

2. Sievers gelangt zur Verneinung der Frage mit der Ausnahme, daß er eine Bestimmung befürwortet, durch die Aufsichtsrat und Vorstand entsprechend den §§ 43 ff. BörsG. für unrichtige Publikationen in den Jahrespublikationen der Gesellschaft dem Einzelaktionär für haftbar erklärt werden.

3. Der 28. DJT. hat folgende Resolution gefaßt. Über die Frage der Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG. wurden die folgenden von den beiden Referenten — Herren RGR. Dr. Düringer und Geh. Justizrat Prof. Dr. Rießer — in der zweiten Abteilung gemeinsam aufgestellten Thesen beinahe mit Einmütigkeit angenommen. „a) Ein dringliches Bedürfnis zu einem sofortigen gesetzlichen Ergreifen ist nicht anzuerkennen, zumal eine weitere Klärung der vielfach stark voneinander abweichenden Ansichten und Reformvorschläge abzuwarten ist. b) Bei einer künftigen Regelung ist vorzusehen, daß im Gesellschaftsvertrage selbst das Mindestmaß der Kontrollpflichten mit Rücksicht auf die besondere Art und Branche der einzelnen Gesellschaften bestimmt wird. Den Mitgliedern der demzufolge im Gesellschaftsvertrag in ihrem Mindestumfang festzusetzenden Dezernate oder Kommissionen sollen selbständige Kontrollbefugnisse zustehen, aber auch schärfere Verpflichtungen in der Weise auferlegt werden, daß jedes Kommissionsmitglied für die Erfüllung seiner besonderen Kontrollpflichten den übrigen Mitgliedern des Aufsichtsrats verantwortlich ist. c) Für größere AG. mit einem Grundkapital von mindestens nom. 1 000 000 M. empfiehlt sich die obligatorische Einführung jährlicher Bilanz-Revisionen durch besondere von der Gesellschaft unabhängige, seitens der Generalversammlung zu wählende Sachverständige, die für sorgfältige Ausübung ihrer Pflichten verantwortlich zu machen sind."

4. BauersZ. **14** 27 bespricht diese Resolution, ihre Vorgeschichte und ihre einzelnen Vorschläge kritisch.

§ 246. KGJ. **31** A 197, OLG. **12** 431 (KG.). Soweit das Statut nichts bestimmt, steht die dem Aufsichtsrat eingeräumte Kontroll- und Vertretungsbefugnis nur dem Aufsichtsrat als Ganzem zu.

§ 247. Literatur: BauersZ. **13** 241: Ist der Aufsichtsrat ausschließlich befugt, die AG. bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern zu vertreten?

a) Die Frage verneinen Makower (13) Anm. Ic, Staub (8) Anm. 1, BauersZ. **13** 241; diese wollen die Vertretung durch den Vorstand zulassen, wenn er auch ohne das Vorstandsmitglied, das mit der AG. kontrahieren will, noch vertretungsberechtigt ist. **b**) Die Frage bejaht Goldmann Anm. 2.

§ 249. Literatur zur Haftpflichtversicherung: Emminghaus, Der Gedanke der Haftpflichtversicherung der Aufsichtsräte, BankA. 5 161. — Molt, Aufsichtsratsversicherung, ZAktWes. **16** 2. — BauersZ. **13** 78: Die Versicherung der Haftpflicht der Auf-

sichtsratsmitglieder. — Die Versicherung der Aufsichtsratshaftpflicht (Veröffentlichungen des deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft Heft VIII). Berlin 1906.

1. Haftpflichtversicherung. Die oben angeführte Schrift: Die Versicherung usw., enthält interessante Ausführungen über die Haftung des Aufsichtsrats, die Möglichkeit und technische Durchführung einer Versicherung dafür. (Referate von Prof. Warschauer, Direktor Dr. Georgii und Direktor Dr. Kahlert für die Versammlung der Abteilung für Versicherungsrecht und -wirtschaft am 21. 2. 06).

2. Statuiert § 249 eine allgemeine Haftpflicht Dritten gegenüber? **a**) LG. Hamburg, BankA. 5 200, BauersZ. **13** 219, HansGZ. **06** Hauptbl. 121, ZVersWiss. **06** 300. § 249 HGB. statuirt für den Aufsichtsrat nur Pflichten der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, dagegen keine allgemeine Diligenzpflicht gegenüber jedem Dritten. Verletzt also ein Aufsichtsratsmitglied fahrlässig seine Pflichten, und entsteht dadurch einem Dritten ein Schaden, z. B. dadurch, daß er durch eine falsche Bilanz sich verleiten läßt, junge Aktien zu zeichnen, so kann der Dritte nicht Schadensersatz auf Grund der §§ 823 ff. BGB. fordern. Es fehlt das Moment der Widerrechtlichkeit. **b**) BankA. 5 201, BauersZ. **13** 222, HansGZ. **06** Hauptbl. 125, OLG. **12** 433, ZAktWes. **16** 119, ZVersWes. **06** 314 (Hamburg). Der Zeichner junger Aktien kann von dem Aufsichtsrat keinen Schadensersatz verlangen, wenn er durch fahrlässig unrichtige Angaben der Bilanz zur Zeichnung veranlaßt worden ist. Der Anspruch läßt sich nicht aus § 823 Abs. 1 BGB. herleiten, weil dieser obligatorische Rechte überhaupt nicht schützt, es sich auch nicht um die Verletzung eines dem Zeichner zustehenden Rechtes handelt. § 823 Abs. 2 trifft nicht zu, weil die Diligenzpflicht des Aufsichtsrats nur der AG. oder ihren Gläubigern gegenüber besteht. Aus diesem Grunde ist auch § 266 HGB. keine Grundlage für die Anwendung des zit. Absatzes. § 314 Abs. 1 HGB. endlich betrifft eine vorsätzliche Pflichtverletzung. **c**) RG. BankA. 5 251, BauersZ. **13** 267, DJZ. **06** 1093, JW. **06** 464. § 249 Abs. 1 ist kein Gesetz, welches im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. den Schutz Dritter bezweckt. Er regelt nur die Haftung des Aufsichtsrats der Gesellschaft gegenüber. Der Käufer von Aktien kann daher eine gegen den Aufsichtsrat gerichtete Schadensersatzklage nicht darauf stützen, daß der Aufsichtsrat aus Fahrlässigkeit die ihm nach § 246 obliegenden Pflichten verletzt habe. **d**) Vgl. Sievers zu §§ 246 ff.

§§ 250 ff. Allgemeines über die Generalversammlung. **a**) Beaufsichtigung durch Polizeibeamte. BauersZ. **13** 102. Inwieweit eine Generalversammlung den Vorschriften des Vereins- und Versammlungsrechts unterliegt, richtet sich nach ihrer Tagesordnung. Sie ist polizeilich anzumelden, wenn in ihr Dinge besprochen werden sollen, die die Allgemeinheit angehen; so alle mit der Politik, dem Zoll- oder Steuerwesen in Zusammenhang stehende Angelegenheiten. **b**) Vereinigung aller Aktien in einer Hand. KGJ. **31** A 164, BauersZ. **13** 249, ZBlFG. **7** 90 (KG.). Die Vorschriften über die Berufung der Generalversammlung, die Bekanntmachung der Berufung sowie alle sonstigen für die Teilnahme an der Generalversammlung bestehenden allgemeinen und besonderen Vorschriften brauchen nicht beobachtet zu sein, wenn alle Aktionäre in der Generalversammlung erscheinen und ihre Stimmen einheitlich abgeben. Gegen diese, von der herrschenden Meinung geteilte Ansicht kann man nicht einwenden, daß die Gefahr des Mißbrauches des Aktienbesitzes bestände. Diese besteht auch bei Beobachtung der fraglichen Vorschriften. — Dasselbe gilt für den Fall, daß alle Aktien in einer Hand vereinigt sind. Dann haben nur noch diejenigen Vorschriften über die Generalversammlung Bedeutung, welche die urkundliche Feststellung des Willens des Aktienbesitzers ge-

währleisten (so § 259). Der Aktienbesitzer hat seine Legitimation der Urkundsperson nachzuweisen.

§ 252. Literatur: Haselberger, Das Stimmrecht des Aktionärs. München 1906. — Heilbrunn, Ist bei einem den Vorstand der AG. ermächtigenden Beschlusse, die Einzelheiten der Ausgabe neuer Aktien festzusetzen und die Aktien zu begeben, ein Mitglied des Garantiekonsortiums, das einen Vertrag in bezug auf die Aktien mit dem Vorstande abgeschlossen hat, von der Abstimmung ausgeschlossen? HoldheimsMSchr. **06** 129. — Pinner, Hibernia und kein Ende, DJZ. **06** 127. — Richter, Das Stimmrecht des Aktionärs nach dem HGB. v. 10. 5. 97. Diss. Leipzig 1906. — BauersZ. **13** 224. Ein Aktionär, der zum alleinigen Bezuge der neuen Aktien bei Grundkapitalserhöhung ermächtigt wird, hat bei der Beschlußfassung darüber kein Stimmrecht.

1. Allgemeines. **a**) *Haselberger aaO. α. Der Eigentümer der Aktienurkunde ist prinzipiell der in der Generalversammlung Stimmberechtigte; er kann aber sein Stimmrecht nur geltend machen, wenn er in der Lage ist, seine formelle Berechtigung hierzu nachzuweisen: bei der Namensaktie wird dieser Nachweis geführt durch die Eintragung im Aktienbuche, bei der Inhaberaktie durch den Besitz der Aktienurkunde. Hierbei bedeutet für die Ausübung der Aktionärrechte die formelle Legitimation alles, das materielle Recht nahezu nichts. Der eingetragene Nichteigentümer einer Namensaktie hat das Stimmrecht, selbst wenn er keine Aktien besitzt oder jemals besessen hat; dem nichteingetragenen Eigentümer dagegen fehlt es, auch wenn er in der Generalversammlung seine Aktien vorweist. Ebenso ist auch der Besitzer von Inhaberaktien als Aktionär legitimiert, ohne Rücksicht darauf, ob diese ihm eigentümlich gehören oder nicht. Insbesondere beraubt ihn das Bestreiten des Eigentums seiner Aktien noch keineswegs seines Rechtes, sondern erst der Nachweis der fehlenden Verfügungsmacht benimmt ihm seine Legitimation. β. Durch Rechte Dritter an der Aktie bleibt das Stimmrecht des Eigentümers grundsätzlich unberührt. So kann er auch bei der Verpfändung von Aktien beanspruchen, daß der Pfandgläubiger ihm seine Mitwirkung dazu leiht, daß er die zur Stimmabgabe erforderliche Nachweisung seines Aktienrechts vorzunehmen in der Lage ist. Wenn beim Nießbrauche dem Eigentümer das Stimmrecht an seinen Aktien nicht zuzuerkennen ist, so ist da die Erwägung maßgebend, daß hier mit der Überlassung der Nutznießung an einen Dritten der Eigentümer sich seiner Verwaltungsrechte begeben hat, es sei denn, daß er sich diese durch einen entsprechenden Vorbehalt gesichert hat. γ. Die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts kann das Statut nicht unbegrenzt, sondern nur insoweit regeln, als das Aktienrecht nicht selbst eine zwingende Anordnung hierüber getroffen hat und das Stimmrecht unverletzt erhalten bleibt. Ungültig sind darum Beschränkungen in der persönlichen Geltendmachung des Stimmrechts wie der Ausschluß der Frauen von den Generalversammlungen. Unzulässig ist ferner auch das Erfordernis einer Besitzdauer für die Aktien oder, was dem gleichkomme, der Nachweis einer langen Hinterlegungsfrist. (Vgl. JDR. **2** Note 6, **3** Note 1, **4** Note 6.) δ. Der Aktionär kann sein Stimmrecht, sofern nicht gerade Stimmausschließungsgründe vorliegen, in allen Fällen auch durch einen Bevollmächtigten ausüben. Hinsichtlich dessen Person kann das Statut bestimmte Erfordernisse aufstellen, die jedoch nicht so weit gehen dürfen, daß sie dem Aktionär die Möglichkeit, einen Vertreter aufzustellen, benehmen. — Für die Vollmacht kann das Statut nicht mehr verlangen als schriftliche Form (insbesondere keine notarielle Beglaubigung); andererseits darf es hier aber auch keine Erleichterungen eintreten lassen. ε. Der gesetzliche Vertreter kann nur denselben statutarischen Beschränkungen und Ausschließungsgründen unterstellt werden, die den Aktionär träfen, wenn er sein Stimmrecht persönlich ausüben würde. Er ist insbesondere nicht in der Rechtslage eines „Bevollmächtigten"; er braucht darum keine „Vollmacht", sondern

kann seine Vertretungsbefugnis auch in anderer Weise dartun. ζ. Es ist gesetzlich nicht unzulässig, daß jemand in der Generalversammlung als Aktionär in eigenem Namen, jedoch im Auftrag eines Dritten auftritt (verdeckte Vertretung). Da bei der Inhaberaktie der Legitimationsgrund zur Stimmberechtigung der Besitz, nicht etwa die Bevollmächtigung des Auftraggebers ist, so kann hier von einem Vertreter die Vorlage einer Vollmacht nicht verlangt werden. Diese ist nur dann erforderlich, wenn der Inhaber der Aktien zum Ausdrucke bringen will, daß er nicht in eigenem Namen, sondern im Auftrag eines Dritten stimme. Auch bei der Namensaktie ist durch Benutzung des Grundsatzes, daß durch die bloße Eintragung im Aktienbuche die Aktionäreigenschaft dargetan wird, eine verdeckte Vertretung möglich. — Unzulässig ist sie — sowohl bei der Inhaber- wie bei der Namensaktie — nur dann, wenn sie als Mittel dienen soll, dem Eigentümer der Aktien ein Stimmrecht zu verschaffen, das ihm überhaupt nicht oder doch nicht in dem angestrebten Umfange zukommt. **b)** **RG.** BankA. **6** 77, ZAktWes. **16** 241. Da das Reportgeschäft seiner rechtlichen Natur nach ein Kaufvertrag mit der Abrede des späteren Wiederkaufs ist, kann derjenige, an den die Aktien reportiert sind, in der Generalversammlung über den Abschluß eines Geschäfts zwischen der AG. und dem Kostgeber mitstimmen. Anders würde die Sache jedoch liegen, wenn die Kontrahenten durch das Reportgeschäft die Bestimmungen des Abs. 3 umgehen wollen. **c)** **RG.** BauersZ. **14** 32, R. **06** 1086, ZAktWes. **16** 170. Der Inhaber der Inhaberaktie ist zur Ausübung des Stimm- und Anfechtungsrechts legitimiert. Nur wenn die Ausübung des Stimmrechts auf Grund fremder, dem Inhaber nicht gehöriger Aktien den Tatbestand einer nach § 318 HGB. strafbaren Handlung bildet, oder dadurch § 252 Abs. 3 oder statutarische Bestimmungen über das Stimmrecht umgangen werden sollen, würde die Abstimmung oder die Anfechtung des Betreffenden zu beanstanden sein. **d)** Vgl. Runkel-Langsdorff Note 1 zu § 226.

2. Abs. 3. **a)** Pinner aaO. bespricht das Urteil des OLG. Hamm in dem Hiberniaprozesse. Wenn über eine Kapitalserhöhung abgestimmt wird, sind die Banken, mit welchen Abreden wegen der Übernahme der jungen Aktien getroffen sind, nicht durch Abs. 3 Satz 2 gehindert, mit ihrem Akienbesitze mitabzustimmen. Eine rechtliche Behinderung könnte (s. auch Staub (6/7) Anm. 15) nur dann in Frage stehen, wenn Vorstand und Aufsichtsrat sich bereits rechtlich verpflichtet hätten, die jungen Aktien demnächst den fragl. Banken zu begeben. Eine solche Vereinbarung würde aber dem § 283 Abs. 2 zuwiderlaufen und deshalb ungültig sein, auch nicht etwa durch nachträgliche Genehmigung durch die Generalversammlung wirksam werden. **b)** *Heilbrunn aaO. Bei dem den Vorstand einer Aktiengesellschaft ermächtigenden Beschluß, die Einzelheiten der Ausgabe neuer Aktien festzusetzen und die Aktien zu begeben, ist ein Mitglied des Garantiekonsortiums, das einen Vertrag auf Bezug dieser Aktien mit dem Vorstand abgeschlossen hat, von der Abstimmung nicht ausgeschlossen. Ein Ausschluß nach § 252 Abs. 3 ist nur für den Fall gegeben, daß durch den Beschluß unmittelbare Rechte und Pflichten für die Gesellschaft erwachsen, nicht aber dann, wenn in dem Beschlusse nur eine Vollmachtserteilung an den Vorstand liegt, der in seinem Willen bezüglich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts noch frei bleibt. Ein seitens des Vorstandes vor dem Kapitalerhöhungsbeschlusse der Generalversammlung zwecks Begebung neuer Aktien erfolgter Vertragsabschluß wird durch den Erhöhungsbeschluß noch nicht perfekt, denn dieser nach § 283 der Gesellschaft gegenüber unwirksame Vertrag wird erst nach erfolgtem Verzicht auf das Bezugsrecht durch die Generalversammlung durch nachträgliche Genehmigung der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, also des Vorstandes (nicht der Generalversammlung) wirksam. **c)** BauersZ. **13** 224. Die Übernahme junger Aktien ist ein

Rechtsgeschäft zwischen AG. und Übernehmer. Letzterer macht sich verbindlich, den Nennbetrag nebst Aufgeld usw. aufzubringen. Die AG. muß ihn ihrerseits als Aktionär anerkennen und ihm die mit seinem Aktienbesitze verbundenen Befugnisse einräumen. Ist der Übernehmer schon vorher Aktionär, so darf er mithin über einen Antrag, die Aktien unter Ausschluß der Bezugsrechte der übrigen Aktionäre ihm zu übertragen, in der Generalversammlung nicht mitstimmen. **d)** **RG.** (Hiberniafall) DJZ. **06** 965, BankA. **5** 275, HoldheimsMSchr. **06** 241. An der Abstimmung über eine Kapitalserhöhung können sich auch die Aktionäre beteiligen, welche Offerten auf Übernahme der jungen Aktien gemacht haben. Die darüber gepflogenen Vorbesprechungen sind kein abgeschlossenes Rechtsgeschäft i. S. aaO.; ein derartiges Rechtsgeschäft würde auch nach § 283 Abs. 2 HGB. nichtig sein und auch nicht durch Genehmigung der Generalversammlung rückwärts wirksam werden (s. zu §§ 252, 256, 282). **e)** S. zu d; ferner BauersZ. **14** 30. Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats können mitstimmen, wenn es sich darum handelt, sie zur Vornahme eines Geschäfts für die AG. zu bevollmächtigen; es handelt sich dabei um ein Rechtsgeschäft mit ihnen als Organen der AG., nicht als Dritten (s. bei §§ 303, 256, 282). **f)** **RG.** GoldschmidtsZ. **58** 313 = JDR. **4** Note 3b zu § 252.

§ 253. Literatur: BauersZ. **13** 170: Darf der Vorstand einer AG. oder einer GmbH. ohne genehmigenden Beschluß der Generalversammlung einem Syndikat oder einer Konvention beitreten?

Die Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung. **a)** Vgl. JDR. **3** Note 1, **4** Note 2 ff. **b)** BauersZ aaO. Der Vorstand ist wegen der weittragenden Folgen vor dem Anschluß an ein Syndikat dann verpflichtet, die Zustimmung der Generalversammlung einzuholen, wenn der Syndikatsvertrag Selbstbeschränkungen der Syndikatsmitglieder bezügl. der Produktion, Abgrenzung der Verkaufs- und Absatzbezirke, die Lieferung der gesamten Produktion an eine Verkaufsstelle oder ähnl. vorsieht.

§ 254. Literatur: Marcus, Über die Stellung des Registerrichters zu Anträgen der Aktionärminderheit aus § 254, HoldheimsMSchr. **06** 16 f.

1. Stellung des Registerrichters. Marcus aaO. Der Registerrichter hat die Voraussetzungen des Abs. 1, sowie weiter zu prüfen, ob nach dem ihm unterbreiteten Material Gründe der Zweckmäßigkeit nicht nur, sondern auch des wohlverstandenen Interesses es fordern, die erbetene Ermächtigung zu erteilen. Einer Entscheidung über die Kostenpflicht bedarf es nicht. Diese steht, soweit nicht § 1 PrGKG. eingreift, der Generalversammlung zu (s. Abs. 4). Bei Ausübung der Befugnis, die Führung des Vorsitzes zu regeln, ist er an Anträge nicht gebunden. Gegen seine Anordnung in dieser Hinsicht ist auch dann die sofortige Beschwerde gegeben, wenn ein Antrag nicht vorlag. Das Gericht ist zur Rücknahme seiner Einberufungsermächtigung, event. Sistierung der Generalversammlung befugt, wenn die Einberufung nicht der erteilten Ermächtigung entspricht.

2. Kosten der Berufung. KGJ. **31** A 171, BauersZ. **13** 247 (KG.). Durch § 254 ist die Verurteilung der Antragsteller in die Kosten nicht ausgeschlossen. Abs. 4 bezieht sich zwar auch auf die von den Antragstellern erforderten Kosten des gerichtlichen Verfahrens, kann aber seinem Inhalte nach nur den Fall treffen, daß dem Ermächtigungsantrage der Aktionäre stattgegeben wird, und von ihnen nach § 1 PrGKG. die Gebühren des gerichtlichen Verfahrens eingezogen sind.

§ 255. Literatur: BauersZ. **13** 225: Jeder Aktionär hat das Recht, sich an der Generalversammlung und an der Abstimmung zu beteiligen, wenn im Gesellschaftsvertrag weder eine Aktienhinterlegung noch eine vorherige Anmeldung erfordert wird.

Abs. 3. Gilt Abs. 3 auch für den Fall, daß das Statut keine Bestimmungen über die Voraussetzungen der Teilnahme an der Generalversammlung enthält? **a**) Die Frage bejahen: Staub (8) Anm. 2, Pinner Anm. VII 3, Esser Anm. 1. **b**) Die Frage verneinen, unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte (Kommissionsbeschluß): Goldmann Ziff. 7, Makower (13) Anm. IVa, BauersZ. aaO.

§ 256. Literatur: Lehmann, Die Tagesordnung der Generalversammlung von AGen., BankA. **5** 138, ZAktWes. **16** 46. — BauersZ. **13** 225: Welche Tatsachen brauchen bei Grundkapitalserhöhung nicht besonders angekündigt zu werden?

1. Lehmann aaO. Unter Tagesordnung ist zu verstehen die Gesamtheit der den Zweck der Generalversammlung umfassenden, vor Eröffnung der Generalversammlung angekündigten Gegenstände der Verhandlung. Diese Ankündigung soll in der Berufung erfolgen. Die ordnungsmäßige Berufung setzt Einhaltung der nach § 182 Abs. 2 Nr. 5, 6 ergangenen statutarischen Bestimmungen voraus. Ferner ist soviel mitzuteilen, daß der Aktionär unter Heranziehung der Statuten sich ein klares Bild davon machen kann, worum es sich handelt. Dabei darf auf die Statuten oder einen früheren Generalversammlungsbeschluß verwiesen werden; soll eine Bestimmung, die mehrere Absätze hat, geändert werden, so ist der in Frage kommende Absatz hervorzuheben; bestehen verschiedene Abänderungsmöglichkeiten, so z. B. bei Abänderung der Wahlbestimmungen, so braucht nicht die ins Auge gefaßte Möglichkeit mitgeteilt zu werden. Dies empfiehlt sich sogar nicht, damit sich der Aktionär nicht nur auf die eine einrichtet. Wird über einen nicht angekündigten Gegenstand beschlossen, so ist der Beschluß nach §§ 271 f. anfechtbar.

2. **RG.** (Hiberniafall) BankA. **5** 275, DJZ. **06** 965, BauersZ. **14** 5, HoldheimsMSchr. **06** 241. Wenn als Gegenstand der Tagesordnung einer zur Beschlußfassung über eine Kapitalserhöhung einberufenen Generalversammlung Verhandlung über die „Modalitäten der Aktienausgabe" angekündigt ist, kann auch über solche Anträge des Vorstandes abgestimmt werden, deren Einzelheiten erst in der Generalversammlung bekannt gegeben werden, insbesondere über einen Antrag auf Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre (s. auch zu §§ 252, 303).

3. Vgl. u. zu § 274.

4. BauersZ. aaO. Es genügt, daß die Absicht der Kapitalserhöhung bekannt gemacht wird. Jeder Aktionär muß sich dann sagen, daß auch über die Modalitäten und den Umfang der Erhöhung über das Agio und das Bezugsrecht verhandelt werden wird.

5. Vgl. Note zu § 274.

§ 259. **a**) Vgl. JDR. **4** Note 1. **b**) RJA. **7** 235, ZBlFG. **5** 579 (KG.). Abs. 3 enthält zwingendes Recht, dessen Nichtbeachtung die Nichtigkeit der in der fraglichen Generalversammlung gefaßten Beschlüsse zur Folge hat, ohne daß es ihrer Anfechtung bedarf. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, die erkennen läßt, daß es sich um eine Schutzvorschrift zugunsten der Aktionäre und des Publikums handelt. — Dem Satz 1 des Abs. 3 wird nur dadurch genügt, daß der beurkundende Beamte die Belege in amtlicher Eigenschaft zum Zwecke der Herstellung des Protokolls vornimmt, und das Protokoll hierüber Auskunft gibt. Eine nachträgliche Beifügung kann diese amtliche Beifügung nicht ersetzen.

§ 260. Literatur: BauersZ. **13** 99: Wann ist die im Geschäftsbericht verschwiegene, durch den Aufsichtsrat bewirkte Eigendeckung von Betriebsverlusten keine strafbare Verschleierung?

1. Geschäftsbericht. **a**) BauersZ. aaO. verficht ➵ mit wenig überzeugenden Gründen. Red. ← die Ansicht, daß in der Bilanz und dem Geschäftsbericht

ein Betriebsverlust dann nicht erwähnt zu werden braucht, wenn er durch mangelnde Sorgfalt des Aufsichtsrats verursacht worden ist, daher von dem Aufsichtsrat ersetzt werden muß, und ersetzt worden ist. Ein derartiger Verlust steht jedem Schaden gleich, der der AG. durch einen Dritten zugefügt ist. **b)** **RG.** (Strafs.) **38** 195. Der Geschäftsbericht soll nicht nur den aus der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung in den Umrissen ersichtlichen Vermögensstand der Gesellschaft, sondern daneben auch die Verhältnisse der Gesellschaft entwickeln. Die drei Unterlagen sollen eine Beurteilung des Unternehmens ermöglichen, bilden die Grundlage für Entlastungen, Neuwahlen und Verteilung des Reingewinns. Der Geschäftsbericht muß daher Aufschluß geben über alle wichtigen Vorkommnisse des vergangenen Jahres, über Maßnahmen, die über die regelmäßige Geschäftsabwickelung hinausgehen, über alles, was in den Augen der Aktionäre nicht ohne Einfluß auf die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaftsorgane bleiben kann, einerlei, ob es im verflossenen Geschäftsjahr, oder nach seinem Ablauf in der Zeit bis zur Berichterstattung geschehen ist (s. Note 2 zu § 314).

2. Wer hat den Bericht usw. vorzulegen? BauersZ. **13** 98. Da Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt, daß der Vorstand die Bilanz usw. dem Aufsichtsrat vorlegt, genügt es nicht, wenn im Falle der Gesamtvertretung ein Prokurist zusammen mit einem Vorstandsmitgliede die fraglichen Schriftstücke zeichnet; es ist vielmehr Unterzeichnung von soviel Vorstandsmitgliedern erforderlich, als das Statut zur ordnungsmäßigen Willenserklärung des Vorstandes verlangt.

§ 261. Literatur: Bauer, Inventur und Bilanz bei AGen. und KGen. Leipzig 1906. — Seidler, Die Vermögensbewertung in den Bilanzen der AGen. Wien. (Angezeigt HoldheimsMSchr. **06** 25.) — Steiner, Kapital und Bilanzen der AGen. Dresden 1905. — Schröter, Die doppelte Buchführung für AGen. und KGen. Leipzig 1906. — BauersZ. **13** 149. Dem Herstellungspreis einer Ware darf auch eine angemessene Quote für Abschreibungen hinzugerechnet werden. — Das. 174: Bewertung der selbsthergestellten Gebäude, Anlagen. Zum Herstellungspreis komplizierterer Gegenstände. Höherbewertung der Vorräte über die Zinsen für das installierte Kapital.

1. PrOVG., GoldschmidtsZ. **58** 315 = IDR. **4** Note 3 zu § 261.

2. Vgl. o. zu § 40.

§ 262. 1. Gewinnvortrag. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 3d zu § 237, **4** Note 2 das., Note 1c, 2 zu § 262. **b)** ZAktWes. **16** 87. Der Gewinnvortrag ist, so wie er sich im modernen Geschäftsverkehr herausgebildet hat, ein Reservefonds.

2. Vgl. Note 1 zu § 226.

§ 264. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1023, ZAktWes. **16** 225, HoldheimsMSchr. **06** 229, JW. **06** 479, BauersZ. **13** 268, R. **06** 1086. Das Recht der Minderheit auf Vertagung wird dadurch nicht berührt, daß der Vorstand in der Generalversammlung Aufklärung über die beanstandeten Punkte gibt. Die Absicht des Gesetzes geht, wie auch die Entstehungsgeschichte beweist, klar dahin, demjenigen, welcher die Ansätze der Bilanz in gehöriger Weise bemängelt, eine Überlegungszeit bis zur nächsten Verhandlung zu gewähren. Die einschneidende Wichtigkeit der Bilanzansätze für Gewinnberechnung und Dividendenverteilung rechtfertigen es, daß der Minderheit nicht zugemutet wird, sich in dem engbemessenen Zeitraum der Generalversammlung sofort ein Urteil darüber zu bilden, ob die gegebenen Aufklärungen befriedigen.

§ 271. Literatur: Sontag, Der Anfechtungsprozeß der Aktionäre. (Eine Studie zur Erweiterung der Minoritätsrechte), DWirtschZ. **06** 1014, 1079, 1121. — BauersZ. **13** 127: Fortdauernder Besitz der Aktie, auf Grund deren ein Protest in der Generalversammlung erfolgt, ist zur Anfechtungsklage notwendig. — Das. 173: Wann kann seitens eines Aktionärs eine übermäßige Zusammenlegung der Aktien im Klagewege angefochten werden?

1. Allgemeines. *Sontag aaO. stellt an der Hand einer Reihe von Beispielen fest, daß die Anfechtungsklage des HGB., welche Verletzung des Ge-

setzes oder des Gesellschaftsvertrages zur Voraussetzung hat, vielfach unzulänglich ist, um berechtigte Ansprüche der Minderheit zu wahren. Schwere wirtschaftliche Zuwiderhandlungen können dieselben Folgen haben wie Gesetzesverletzungen, sind aber nach dem herrschenden Rechte unanfechtbar, wenn sie sich in Formen Rechtens abspielen. Verfasser plaidiert darum de lege ferenda für ein „Aufsichtsamt für Aktiengesellschaften", welches, von der Minorität angerufen, über wirtschaftliche Verstöße neben den rechtlichen entscheidet.

2. Die Legitimation zur Anfechtung. **a)** BauersZ. **14** 55 (Dresden). Der Anfechtungskläger muß Aktionär sein, er muß dies während des Anfechtungsprozesses bleiben. Er muß ferner das Mitgliedschaftsrecht, auf Grund dessen er anficht, bereits in der Generalversammlung, um deren Beschlüsse es sich handelt, besetzen und ausgeübt haben. **b)** BauersZ. **13** 127. Der anfechtende Aktionär muß während der ganzen Dauer des Anfechtungsprozesses die Aktionäreigenschaften besitzen, und zwar auf Grund mindestens einer Aktie, auf Grund deren er an der in Frage kommenden Generalversammlung teilnahm.

3. Anwendungsgebiet des Abs. 3. BauersZ. **13** 173. Abs. 3 gilt nicht bloß dann, wenn es sich um die Verwendung des aus der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinns handelt, sondern in allen Fällen, wo übermäßige Abschreibungen und Rücklagen beschlossen werden; also auch dann, wenn die Zusammenlegung von Aktien in einem stärkeren Maße beschlossen wird, als es zur Deckung vorhandener Verluste und zur genügenden Dotierung der Reserven erforderlich ist.

4. OLG. Karlsruhe, GoldschmidtsZ. **58** 316 = JDR. **4** Note 2 zu § 271.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. *Leist, Sanierung von AGen. (vgl. JDR. 4) 70. Im Gegensatz zu Staub Anm. 8 zu § 256 kann die Tagesordnung: „Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegung" nicht als eine nach § 274 Abs. 2 in ihrem wesentlichen Inhalte zu bewirkende Ankündigung betrachtet werden. Die Aktionäre müssen darauf vorbereitet sein, ob mit der Herabsetzung die Rückzahlung eines Teiles des Grundkapitals, oder die Tilgung eines Bilanzverlustes bezweckt ist. Das Erfordernis der im § 288 Abs. 2 angeordneten Zweckangabe bezieht sich auch auf die Ankündigung der Tagesordnung. Dies entspricht der Tendenz des Gesetzgebers, da in der Angabe des Zweckes ein Schutzmittel gegen eine willkürliche Handhabung der Herabsetzung zu sehen ist.

§ 278. 1. Die Voraussetzung der Überpariausgabe junger Aktien. RJA. **6** 198, KGJ. **31** A 175, R. **06** 395, ZBlFG. **6** 715 (KG.). Sollen bei einer Kapitalserhöhung die neuen Aktien über Pari ausgegeben werden, so ist es nicht erforderlich, daß der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthält, die eine Überpariausgabe vorsieht. Nicht § 184 Abs. 2, sondern § 278 Abs. 3 ist maßgebend. In ihm sind die Voraussetzungen einer Überpariemission bei der Kapitalserhöhung erschöpfend geregelt. Dies ergibt der systematische Aufbau des Gesetzes, das frühere Recht und die Entstehungsgeschichte des jetzigen.

2. Verstempelung in Bayern. BayObLG. **6** 461 ff. Ein Protokoll über die Generalversammlung einer AG., in welcher beschlossen ist, das Grundkapital zu erhöhen, und die neuen Aktien einem Dritten gegen Einlage bestimmter Vermögensobjekte zu überlassen, und in der gleichzeitig ein späterer Vertragsschluß der AG. mit dem Dritten im Sinne des Generalversammlungsbeschlusses vorgesehen ist, unterliegt keiner Abgabe nach Art. 150 Abs. 1 BayG. über das Gebührenwesen.

§§ 280, 284. KG., GoldschmidtsZ. **58** 306 = JDR. **4** Note 1 zu §§ 280, 284.

§ 281. **RG.** BauersZ. **13** 226, HoldheimsMSchr. **06** 200, JW. **06** 362, R. **06** 757. Ist der Zeichnungsschein nur von einem der beiden zur Kollektivvertretung berufenen Teilhaber einer oHG. mit Firma und Namen gezeichnet, so wird die Zeichnung rechtswirksam, wenn der andere Gesellschafter sie, sei es auch formlos, genehmigt. Die Schriftform ist beobachtet dadurch, daß der eine Gesellschafter den Schein unterschriftlich vollzog; die nach § 177 Abs. 1 BGB. erforderliche Genehmigung des anderen Gesellschafters bedarf nach § 182 Abs. 2 BGB. nicht der schriftlichen Form (s. auch **RG.** JW. **01** 518 Ziff. 9; s. ferner § 189).

§§ 282 ff. Literatur: Heilbrunn, Verstößt es gegen eine grundsätzliche Bestimmung des Aktienrechts, wenn Aktien derart begeben werden, daß sie dauernd dem freien Verkehr und damit dem Erwerb durch andere Aktionäre entzogen werden? HoldheimsMSchr. **06** 131 ff. — BauersZ. **13** 224: Vor der Aktiennovelle vom 18. 7. 84 entstandene Bezugsrechte auf neu ausgegebene Aktien sind jetzt noch rechtswirksam.

1. Alte Bezugsrechte. **a**) Vgl. JDR. **2** zu § 283. **b**) BauersZ. aaO. begründet den im Titel aufgestellten Satz mit dem Hinweis auf Art. 28 EGBGB. und **RG.** **27** 2, **28** 78, **42** 103, **47** 26. Diese Bezugsrechte können durch einfache Änderung des Gesellschaftsvertrags nicht beseitigt, auch nicht eingeschränkt werden. Jedoch kann u. U. in der Zustimmung des Berechtigten zu der Änderung ein Verzicht auf sein Bezugsrecht gefunden werden.

2. Statutarische Bezugsrechte. **RG.** BankA. **6** 13, ZAktWes. **16** 207. Eine statutarische Bestimmung: „Bei jeder Erhöhung des Grundkapitals sind die Aktienzeichner, falls sie überhaupt noch Aktionäre sind, nach Verhältnis ihrer Zeichnungen die eine Hälfte der neu zu emittierenden Aktien zum Emmissionskurse zu übernehmen berechtigt", ist dahin zu verstehen, daß der Aktienzeichner, um sein Bezugsrecht geltend machen zu können, ununterbrochen Aktionär der Gesellschaft geblieben sein muß, daß es aber genügt, wenn er auch nur mit einer Aktie beteiligt geblieben ist.

3. Die Rechte der Aktionäre bei Ausschluß ihres Bezugsrechts. **a**) *Heilbrunn aaO. § 282 regelt die Rechte des einzelnen Aktionärs auf den Bezug neuer Aktien erschöpfend. Darüber hinaus kann ihm nicht das Recht eingeräumt werden, daß ihm bei Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts durch die Generalversammlung ein Anspruch auf späteren Erwerb gewährleistet werden müßte. Dementsprechend ist eine Begebung von Aktien derart, daß sie dauernd dem freien Verkehr und damit dem Erwerb durch andere Aktionäre entzogen werden, nicht als unzulässig anzusehen. **b**) **RG.** (Hibernia), BankA. **5** 275, DJZ. **06** 965, HoldheimsMSchr. **06** 241, ZAktWes. **16** 170. Wenn das Bezugsrecht der Aktionäre einmal ausgeschlossen ist, besteht kein gesellschaftliches Recht auf gleichmäßigen Bezug junger Aktien durch die Aktionäre mehr. Abs. 1 wird daher nicht verletzt, wenn dem Begebungskonsortium auferlegt wird, an gewisse Aktionäre keine Aktien abzugeben. Eine solche Vereinbarung braucht nicht gegen die guten Sitten zu verstoßen. So wenn die Mehrheit an der Aufrechterhaltung der AG. ein Interesse hat, und daher die Abgabe von Aktien an die Aktionäre ausgeschlossen wird, die die Auflösung herbeiführen wollen (s. zu §§ 252, 303, 256).

§ 286. RJA. 6 198, BauersZ. **13** 102, KGJ. **31** A 175, ZBlFG. **6** 715 (KG.). Das Registergericht der Zweigniederlassung hat bei Eintragung eines Beschlusses über Kapitalserhöhung nicht die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses nachzuprüfen. Dasselbe gilt von der Eintragung der erfolgten Erhöhung. Dies ergibt sich daraus, daß die Eintragung der erwähnten Tatsachen bei der Hauptniederlassung an schärfere Bedingungen geknüpft (§§ 280², 284) ist als bei der Zweigniederlassung. Dafür spricht, daß die Eintragung in das Handelsregister konstitutiv wirkt, daher nur der Inhalt eines Registers, und zwar das-

jenige der Hauptniederlassung zu entscheiden hat. Das Ergebnis wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ein Widerspruch des Ergebnisses mit KGJ. **23** A 89, 94 und **29** A 93 besteht nicht (vgl. KGJ. **27** A 210).

§ 288. Literatur: Leist, Die Sanierungsbeschlüsse von AGen und die Bedeutung der Formvorschrift des § 288 Abs. 2, HoldheimsMSchr. **06** 64 ff.

*Leist aaO. Der Ausdruck „Herabsetzung" deckt zwei Begriffe: a) den des rechnungsmäßigen Vorganges, der Veränderung der Grundkapitalsziffer, wobei die „Aktienzusammenlegung" als Begleiterscheinung dieses Vorganges eines der verschiedenen Ausführungsmittel, die zu Gebote stehen, bildet, also ein Mittel zum Zwecke und nicht der Zweck selbst der Herabsetzung ist; b) den Begriff der wirtschaftlichen, wie rechtlichen Wirkung, daß durch die Verringerung der Grundkapitalsziffer vorhandene oder zu erwerbende Aktivwerte von der gesetzlichen und statutenmäßigen Gebundenheit losgelöst werden, damit sie zu den Zwecken verwendet werden können, denen die Kapitalsherabsetzung dienen soll. Das Erfordernis der Zweckangabe hat zur Folge, daß die Herabsetzung nicht weitergehen darf, als der bestimmte Zweck erheischt. Ist daher z. B. die Vornahme von außerordentlichen Abschreibungen als Zweck beschlossen worden, so darf die Kapitalsherabsetzung nicht weitergehen, als außerordentliche Abschreibungen nach Bilanzrecht zulässig sind. — Daraus folgt, daß ein Herabsetzungsbeschluß, der außer dem Zwecke der Kapitalrückzahlung einen weiteren Zweck verfolgt, auch diesen weiteren Zweck angeben muß. Solch einen doppelten Zweck verfolgt auch die sogenannte Amortisation nach § 227 HGB. beim Unterpari-Erwerbe eigener Aktien, wodurch ein bilanzmäßiger Überschuß im Betrage des Kursunterschiedes zwischen dem Rückkaufspreise und dem Nennbetrage der amortisierten Aktie erzielt wird. In diesem Falle ist also außer der Kapitalrückzahlung die Angabe des Zweckes nach § 288 Abs. 2, zu dem der aus dem Kursunterschiede erzielte bilanzmäßige Überschuß verwendet werden soll, auch dann erforderlich, wenn es sich um die Aktienamortisation nach § 227 HGB. aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinne handelt. Es sind eben dann neben der Erfüllung der Bestimmungen des § 227 die Grundkapitalsherabsetzungsvorschriften der §§ 288 f. soweit zu beobachten, als der zweite Zweck, nämlich die Verwendung des Kursunterschiedes zwischen dem Rückkaufspreise und dem Nennbetrage der Aktie in Frage kommt. (Die Sanierung von AGen., Berlin 1905, 73 Anm. 2 u. 96 f. JDR. **4**.) Aus dem das Aktienrecht beherrschenden Prinzip der Gleichmäßigkeit folgt ganz allgemein, daß außer der Kapitalrückzahlung des § 227 nur die Tilgung einer Unterbilanz oder die gesetzlich zulässigen außerordentlichen Abschreibungen den Zweck der Herabsetzung nach § 288 Abs. 2 bilden sollen. Dieser Gesetzeswillen ergibt sich auch durch Analogieschluß aus § 262 [3]; denn auch die darin geordnete Verwendung von Nachschußkapital ohne Erhöhung des Grundkapitals ist eine Herabsetzung sui generis (Sanierung §§ 53 f., 56).

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. RJA. **7** 209, ZBlFG. **7** 438 (KG.). Ist die AG. durch Zeitablauf aufgelöst, so muß sie in Liquidation gehen und lebt durch eine nachträgliche Beschlußfassung über ihre Fortsetzung nicht wieder auf. Der mit einem solchen Beschluß verfolgte Zweck läßt sich nur durch Neugründung erreichen. Dies gilt auch für die sonstigen Fälle der Auflösung der AG., abgesehen von den im § 307 gemachten Ausnahmen. Hiermit vereinigt sich wohl, daß die AG. für die Zwecke der Liquidation fortbesteht.

§ 299. Literatur: ZAktWes. **16** 187: Die Liquidationsbilanz.

BauersZ. **13** 105, R. **06** 76' = JDR. **4** zu § 299.

§ 300. Naturalverteilung. **a)** Vgl. JDR. **4**. **b)** **RG. 62** 56, Bad. Rpr. **06** 28, BauersZ. **13** 155, JW. **06** 33 [43], ZAktWes. **16** 80, in Bestätigung

des OLG. Karlsruhe (JDR. **4** Note 2 = GoldschmidtsZ. **58** 317). Dem § 300 kann sowohl durch Naturalverteilung von Vermögensbeständen, als durch Ausschüttung und Versilberung der Masse genügt werden. Ein Beschluß auf Verteilung in natura bedarf nur einfacher Stimmenmehrheit, es sei denn, daß er Gläubigerrechte verletzt oder das Statut strengere Anforderungen normiert. Für diese Auffassung spricht die Regelung bei der oHG. — § 152, der allerdings nur indirekt heranzuziehen ist (D. 160), da § 300 ihn nicht ausdrücklich erwähnt, erlaubt die Herbeiführung der Naturalverteilung durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter. Diesem einstimmigen Beschluß bei der oHG. entspricht bei der AG. der einfache Mehrheitsbeschluß (**RG.** **3** 54, **7** 108). — Aus der Spezialvorschrift des § 303 ist kein Gegenargument herzuleiten. — Der Beschluß der Naturalverteilung darf nicht das Sonderrecht des Einzelaktionärs auf die Liquidationsquote, d. h. auf gleichmäßige den Aktienbeträgen entsprechende Verteilung des Vermögens, verletzen. § 752 BGB. läßt sich in keiner Weise für die AG. verwerten. Eine ungleiche Verteilung liegt nicht vor, wenn die Wertpapiere im Besitz der Liquidationsgesellschaft in der Weise verteilt werden, daß je ein Stück auf eine bestimmte Zahl von Aktien entfällt, die Spitzen verkauft und der Erlös für sie an die Aktionäre im Verhältnis ihres Aktienbesitzes gezahlt werden, deren Besitz die vorgeschriebene Zahl nicht erreicht. Das entsprechende Verfahren ist in §§ 290, 278, 282 HGB. zugelassen. Das Verteilte ist hier zwar nicht nach dem Gegenstande gleich, hat aber gleichen wirtschaftlichen Wert.

§ 302. KGJ. **31** A 267, BauersZ. **13** 272 (KG.). Abs. 4 bezieht sich auf alle erloschenen AGen., mag ein durch Ausschüttung der Masse beendetes Konkursverfahren stattgefunden haben, oder das Erlöschen auf die Beendigung der Liquidation zurückzuführen sein; sie gilt auch für AGen., die vor 1900 erloschen sind, und dient nicht nur dem Interesse der Gläubiger, sondern auch dem der Aktionäre.

§ 303. 1. Erfordernisse des die Veräußerung ablehnenden Beschlusses. **RG.** (Hiberniafall) DJZ. **06** 965, BankA. **5** 278, HoldheimsMSchr. **06** 241. Wenn in dem Statut der AG. zur Gültigkeit eines Beschlusses auf Auflösung oder Umgestaltung derselben verlangt wird, daß wenigstens $^2/_3$ des Grundkapitals vertreten sei, und, falls dies nicht geschehen, in einer zweiten Generalversammlung erneut abzustimmen sein, so gelten diese Erfordernisse nur für die Gültigkeit des die Auflösung usw. annehmenden, nicht auch des sie ablehnenden Beschlusses. Das Statut soll übereilte Beschlüsse hindern, die den Bestand der Gesellschaft aufheben (s. auch bei §§ 252, 256, 282).

2. Notwendiger Inhalt des Veräußerungsbeschlusses. RJA. **7** 190, ZBlFG. **7** 424 (KG.). Bei der Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im ganzen ist zu unterscheiden zwischen dem Veräußerungsgeschäft und der Beschlußfassung der Generalversammlung darüber. Ersteres ist ein Vertrag der von den Gesellschaftsorganen (Vorstand und Aufsichtsrat) mit dem Erwerber des Vermögensganzen abzuschließen ist. Die Veräußerung setzt aber weiter einen Beschluß der Generalversammlung voraus. Dieser Beschluß muß den Vertrag seinem ganzen wesentlichen Inhalte nach zum Gegenstand haben. Der Vertrag muß seinem Inhalte nach schon dergestalt festgestellt sein, daß die mit seinem Abschluß betrauten Organe lediglich als nach fester Anweisung handelnde Ausführungsorgane in Betracht kommen. Eine allgemeine Ermächtigung, das Gesellschaftsvermögen im ganzen zu veräußern, genügt nicht; sie würde eine unzulässige Delegation der Befugnisse der Generalversammlung darstellen. Da nach § 303 Abs. 2 der Beschluß die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, kann er unmöglich anderen Organen als der Generalversammlung ohne genaue Festlegung der dazu gehörigen tatsächlichen Grundlagen überlassen werden.

Insbesondere ist die genaue Bezeichnung des Erwerbers erforderlich. Die Aktionäre haben ein Sonderrecht, bei der Auswahl des Gegenkontrahenten mitzuwirken.

§ 305. 1. Voraussetzungen der Fusion. **RG.** 62 73, ZAktWes. 16 17, JW. 06 46. Zur Anwendbarkeit des § 305 genügt nicht, daß die Aktien der einen AG. (A) sämtlich im Besitz der anderen (B) sind und nunmehr B durch einen Generalversammlungsbeschluß ermächtigt wird, das gesamte Vermögen von A zu erwerben, sowie A durch Generalversammlungsbeschluß aufgelöst wird mit der Ermächtigung an Vorstand und Aufsichtsrat, das gesamte Vermögen an B zu übertragen. Es muß vielmehr noch ein rechtsgültiger Vertrag über die Veräußerung des Gesamtvermögens hinzukommen.

2. GoldschmidtsZ. 58 314 = JDR. 4 Note 1 zu § 305.

3. Übergang auf eine ausländische AG. SeuffBl. 06 710, R. 06 1324 (BayObLG.). Dieser Paragraph gilt nur für den Übergang des Vermögens einer AG. auf eine andere inländische AG. Auf eine ausländische AG. kann es nur im Wege des § 303 übertragen werden. (So auch Makower (13) Ie.) Die fälschliche Eintragung des Gesamtübergangs in das Handelsregister ändert hieran nichts.

4. Wirkung der Fusion auf bestehende Verträge. SächsRpflA. 06 184 (Dresden). Der Versicherte ist nicht ohne weiteres zum Rücktritt berechtigt, wenn die Gesellschaft, bei der er Versicherung genommen hat, in einer anderen im Wege der Fusion aufgeht.

§ 306. Literatur: Henoch, Die Umwandlung einer KAG. in eine AG. und einer AG. in einer KAG. Berlin 1906 (Heidelberger Diss.).

Henoch aaO. 45. Die Umwandlung einer AG. in eine KAG. kann in der Weise erfolgen, daß die Aktionäre der AG. eine KAG. begründen, die das Vermögen der AG. übernimmt. In analoger Anwendung dieses Paragraphen kann die Liquidation unterbleiben. 44 ff. werden die Einzelheiten der Umwandlung dargestellt. Die neue Gesellschaft ist Rechtsnachfolger der alten.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312. **RG.** (Straff.) 37 26. § 312 steht zu § 266 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB. nicht im Verhältnis der Ideal-, sondern in dem der Realkonkurrenz. (Im übrigen s. über diese Entsch. JDR. 3 Note 1 zu § 313, Note 3 zu § 240.)

§ 314. Literatur: BauersZ. 14 25: Macht sich der Vorstand einer strafbaren Verschleierung schuldig, wenn er einen Aktivposten zu hoch, einen anderen um den gleichen Betrag zu niedrig, oder gar nicht eingestellt hat?

1. Verschleierung. **a)** BauersZ. aaO. verneint die in der Überschrift aufgeworfene Frage, unter Anführung von Beispielen. **b)** **RG.** (Straff.) 37 433. Verschleierung ist diejenige Darstellung, welche die wahren Tatsachen undeutlich oder unkenntlich macht, und zwar so, daß dadurch eine unrichtige Beurteilung der Gesamtlage veranlaßt wird (Renaud, AGen 623), eine Darstellung, die ohne positive Unwahrheit oder Verschweigen wichtiger Punkte ein täuschendes Gesamtbild gibt. Unwahre Darstellung liegt dann vor, wenn unwahre Tatsachen angegeben werden, durch Aufnahme fiktiver Außenstände, bewußt unrichtige Schätzungen u. a. Unwahre Darstellungen sind nicht nur als Begehungs-, sondern als Unterlassungsdelikt denkbar.

2. Unwahre Darstellung. **RG.** (Straff.) 38 195, BankA. 5 180, BauersZ. 13 171, JW. 06 255, ZAktWes. 16 73 (teilweise schon mitgeteilt 4 zu § 314). Der Aufsichtsrat macht sich strafbar, wenn er vorgefallene Unregelmäßigkeiten im Geschäftsbericht verschweigt, und kann sich nicht damit entschuldigen, daß deren Mitteilung die AG. ruiniert hätte. Die im § 261 vorgeschriebenen Mitteilungen sollen nicht nur die Aktionäre, sondern auch das Publikum gegen unlautere Machenschaften schützen. Von einem Notstand i. S. des § 54 StGB. kann nicht

gesprochen werden; ebensowenig läßt sich aus § 904 BGB. das Fehlen der Rechtswidrigkeit beim Verschweigen herleiten. (Vgl. o. Note 1b zu § 260.)

Anhang. Stempel- und Steuerrechtliches.

Literatur: Abraham, Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht, Holdheims MSchr. **06** 3, 33, 61, 117. — Bondi, Ist der Schenkungsstempel zu erheben, wenn bei Gründung einer AG. Gegenstände unter dem Schätzungswert eingebracht werden? ZBlFG. **6** 669.

1. Allgemeines. Abraham aaO. 3 bespricht kritisch die Entsch. RG. v. 12. 4. 04 (HoldheimsMSchr. **04** 265) und v. 26. 9. 05 (BankA. **5** 59). Diese billigen das Verfahren der Stempelbehörden, die nach Tarifst. 1a RStempG. bei Fusionen, in denen eine AG. die andere gegen Gewährung eigener Aktien zum Parikurse in sich aufnahm, während der Wert des Vermögens der übernommenen AG. die Summe des dafür gewährten Aktienkapitals überstieg, mit dem daraus sich ergebenden Mehrwert zur Stempelsteuer heranziehen. Er kommt zu folgenden Ergebnissen: a) Die Besteuerung des inneren Wertes bei Aktienemissionen ist unzulässig. b) Sofern aber nach der herrschenden Praxis ein innerer Ausgabewert der Aktien besteuert werden soll, kann im Falle der Fusion dieser innere Wert nur durch den Bilanzwert des übernommenen Gesamtvermögens bestimmt werden. Und zwar ist die Schlußbilanz der aufgelösten Gesellschaft nicht unbedingt maßgebend, sondern es kann ebensogut die Bilanzierung bei der übernehmenden Gesellschaft zur Grundlage der Besteuerung gewählt werden. In diesem Falle wird der Bilanzwert des übernommenen Vermögens im allgemeinen mit dem Ausgabewert der jungen Aktien zusammenfallen. Die Steuerbehörde kann einer Unterbewertung in der Bilanz die Anerkennung versagen, muß aber über die buchmäßigen Werte hinausgehende Bewertung durch ausdrückliche auf tatsächlichen Unterlagen beruhende Feststellung rechtfertigen. Es folgen Erörterungen über die Verstempelung bei Ausgabe von Obligationen oder Genußscheinen als Gegenwerten für das Vermögen der fusionierten AG. (35). 60 ff. wird erörtert, inwieweit bei Fusionierungen die Gewährung alter Aktien der übernehmenden AG. oder junger Aktien dem Anschaffungsstempel unterliegt. 118 wird behandelt der Erwerb der Anteile aus der Hand bisheriger Aktionäre, 122 der Aktienerwerb unmittelbar von der angegliederten Gesellschaft.

2. Stempel. **a**) Bondi aaO. teilt eine Entscheidung des Sächs. Finanzministeriums mit, welche die im Titel aufgeworfene Frage bejaht. Er verneint dieselbe. Es fehlt bei dem Einbringer an der Schenkungsabsicht; der Einbringer erhält in den Aktien einen Gegenwert, der sich in demselben Maße erhöht, in dem der Wert der Einlage zu niedrig bemessen wird. Ebensowenig wird die AG. bei einer zu niedrigen Bewertung des Eingebrachten beschenkt, da sie keinerlei Vorteil davon, sowie von dem etwaigen hohen Kurs der Aktien hat. **b**) Verstempelung bei Überpariemission. **RG. 61** 302, BankA. **5** 167, BauersZ. **13** 81, HessRpr. **6** 146. Nach Tarifnummer 1a RStempG. v. 14. 6. 00 unterliegt dem Emissionsstempel nicht nur derjenige den Nennwert der Aktie übersteigende Betrag, der in einem von der AG. ziffernmäßig festgesetzten Überpariemissionskurs zum Ausdruck kommt; es genügt vielmehr für die Mehrbesteuerung, daß die Aktie zu einem den Parikurs übersteigenden Wert von dem ersten Erwerber übernommen ist. Das HGB. und das RStempG. verstehen etwas Verschiedenes unter „der Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage". Das RStempG. will das Kapital bei seinem Übergang vom Aktionär auf die AG., daher in allen Fällen den den Nennbetrag übersteigenden Mehrwert treffen (s. **RG.** HoldheimsMSchr. **04** 265). **c**) Stempelpflicht von Vorzugsaktien. **RG. 62** 363, BauersZ. **13** 175, DIZ. **06** 487, JW. **06** 181, ZAktWes. **16** 81. Nach dem Plenarbeschluß

RG. **45** 87 (27. 12. 99) unterliegt eine Aktie nicht deshalb, weil sie durch einen Stempelaufdruck oder durch einen anderen auf sie gesetzten Vermerk nachträglich als eine Aktie mit Vorzugsrechten bezeichnet wird, einer Stempelabgabe nach Nr. 1 des Tarifs z. RStempG. v. 27. 4. 94. Diese Entscheidung trifft auch für die Neufassung des G. v. 27. 4. 00 zu. Für eine Vorzugsaktie ist nur dann ein neuer Stempel zu entrichten, wenn sie durch die eingetretene Rechtsänderung zu einer neuen Aktie i. S. des Stempelgesetzes geworden ist, auf welche die Merkmale des Tarifs zutreffen, ohne daß diese Urkunde bereits versteuert wäre. Dies setzt Änderung des Nennwerts der Aktie voraus. S. auch BadFinM. in Bad. Rpr. **06** 145.

3. Besteuerung. **a)** DJZ. **06** 1323 (PrOVG.). Die zur Umwandlung einer alten in eine neue AG., oder zur Sanierung einer AG. gezahlten Zubußen der Aktionäre sind Kapitaleinlagen, ähnlich wie die Zuzahlungen bei Umwandlung von Stamm- in Prioritätsaktien. Als Kapitaleinlagen sind sie nicht abzugsfähig bei der Einkommensteuer. **b)** **RG.** JW. **06** 95, BankA. **5** 130. Im Falle einer Kapitalserhöhung einer AG. ist für die Ausgabe der neuen Aktien der reichsgesetzliche Schlußnotenstempel, für den Erhöhungsbeschluß selbst der landesgesetzliche Urkundenstempel zu entrichten. Das Doppelbesteuerungsverbot des § 18 RStempG. findet auf diesen Fall keine Anwendung. **c)** BauersZ. **13** 107 (PrOVG.). Die Spezialreserve und der Gewinnvortrag gehören als Anlage- und Betriebskapital zu den dauernd dem Gewerbebetriebe gewidmeten Werten im Sinne des PrGewStG. v. 24. 6. 91. **d)** ElsLothNotZ. **06** 305 (Colmar). Wenn eine neu begründete AG. das Vermögen einer oHG., deren Betrieb sie fortsetzen soll, übernimmt, so ist nach dem elsaß-lothringischen Frimairegesetz die Übertragungsgebühr von den übernommenen Passiven geschuldet.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320. Literatur: Rosendorff, Besteuerung von KAG. in Elsaß-Lothringen auf Immobilien, DJZ. **06** 1369.

1. Der Komplementar als Geschworener bei Betrug gegen die KAG. **RG.** (Strafs.) **37** 414. Der Komplementar einer KAG. kann als Geschworener bei Aburteilung eines gegen seine KAG. begangenen Betruges fungieren. Nach §§ 22, 32 StPO. ist ausgeschlossen nur, wer durch die strafbare Handlung unmittelbar verletzt ist. Dies trifft hier nicht zu. Die KAG. ist juristische Person; daher werden auch die Komplementare durch den Betrug nur mittelbar getroffen. Dies würde auch dann richtig sein, wenn man die KAG. als Gesellschaft konstruiert. Bei der überwiegenden Bedeutung des Kommanditkapitals würden die Komplementare nur in entfernter Weise betroffen werden.

2. Heranziehung des Komplementars zur Gemeindebesteuerung. BauersZ. **14** 45 (OVG.) Die Bezüge des Komplementars sind für die Gemeindebesteuerung nicht Einkommen aus Gewerbebetrieb, sondern aus gewinnbringender Beschäftigung oder aus Rechten auf periodische Hebungen und Vorteile und sind in der Wohnsitzgemeinde des Gesellschafters zu versteuern. Erfolgt der Gewerbebetrieb der KAG. nur außerhalb Preußens in anderen Bundesstaaten, so ist das Einkommen daraus in Preußen nicht einkommensteuerpflichtig.

3. Rosendorff aaO. Die KAG. sind der Abgabe aus Art. 1 des Gesetzes v. 20. 2. 49 nicht unterworfen.

§ 332. Literatur: Henoch, Die Umwandlung einer KGAG. in eine AG. und einer AG. in eine KGAG. Berlin 1906. (Heidelberger Diss.)

§ 333. Henoch aaO. Es ist nicht erforderlich, daß die Bilanz von derselben Generalversammlung genehmigt wird, die den Umwandlungsbeschluß faßt. (Gegen Staub (6/7) Anm. 5.)

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

Literatur: Lübbert, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter bes. Berücksichtigung ihrer historischen Entwickelung, GoldschmidtsZ. 58 464 ff.

§ 335. 1. Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft. **a**) Vgl. IDR. **2** Note 1. **b**) *Lübbert. Die „stille Gesellschaft" ist keine Gesellschaft, weder eine des Handelsrechts noch eine des bürgerlichen Rechtes. Sie hat weiter mit dem sog. „partiarischen Darlehen" weder historisch noch nach geltendem Rechte irgendwelche Verwandtschaft. Sie hat sich vielmehr Schritt für Schritt, wie Verf. eingehend nachweist, aus einer partiarischen Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB.), aus der Kommenda entwickelt. Der Name „stille Gesellschaft" und die Einbegreifung des Instituts unter die societas führt auf einen bis in die neueste Zeit hineinreichenden dogmatischen Irrtum zurück, welcher die partiarischen Rechtsverhältnisse überhaupt (z. B. die part. Pacht, das part. Dienstverhältnis; vgl. Crome, Part. Rechtsgeschäfte, 1897) fälschlich für Gesellschaftsverhältnisse erklärte (464—501). Nach heutigem Rechte ist die stille Gesellschaft als ein selbständiges Rechtsverhältnis unseres Systems anzusprechen, welches der part. Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB.) noch am nächsten verwandt ist. Seine Abgrenzung von der Gesellschaft des BGB. ist folgendermaßen durchgeführt: ➳ Daß das Vorhandensein einer Verpflichtung zu gemeinsamem Zwecke nicht ausreicht, um ein Rechtsverhältnis für eine Gesellschaft des BGB. anzusprechen, wird auch von anderen zugegeben, welche daher bald das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens (z. B. Kohler), bald den Willen der Parteien, sich gegenseitig als gleichberechtigte Genossen anzuerkennen (Crome), als Kriterium der Gesellschaft behaupten. ⟻ Hier wird als Charakteristikum der Gesellschaft die Unbeschränktheit in der Zahl ihrer möglichen Mitglieder gefunden (502 ff.). Die stille Gesellschaft aber kann begrifflich nur zwei Kontrahenten haben und kann somit, da sie ein Begriffsmerkmal hat, dessen Fehlen der Gesellschaft des BGB. wesentlich ist (die Beschränktheit der Zahl der Kontrahenten), ebensowenig unter die Gesellschaft des BGB. subsumiert werden, wie etwa das part. Dienstverhältnis oder die part. Pacht. Diese Auffassung der stillen Gesellschaft wird dann dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber gerechtfertigt (508 ff.) Als wichtigste Konsequenz dieser Auffassung wird hervorgehoben, daß Komplementar und stiller Gesellschafter für jede Fahrlässigkeit einzustehen haben.

2. Muß die Einlage Eigentum des Geranten werden? **a**) Verneinend: Goldmann Anm. 5, der § 706 Abs. 2 BGB. entsprechend anwenden will (vgl. auch IDR. **2** Note 4a). **b**) Bejahend: Staub (8) Anm. 25, Makower (13) Anm. IIb; letzterer polemisierend gegen **RG. 45** 38; ist eine anderweite Vereinbarung getroffen, so liegt eine stille Gesellschaft des bürgerlichen, nicht des Handelsrechts vor. **c**) Lübbert aaO. 516. Die Einlage kann stehen im Alleineigentum des stillen Gesellschafters (so wenn ein obligatorisches oder dingliches Gebrauchsrecht eingebracht wird), im Alleineigentum des Geranten oder im Miteigentum des Kontrahenten. **d**) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 308 (altes Recht). Die Festsetzung einer Vermögenseinlage, die Eigentum des Geschäftsinhabers wird, und deren Zusage oder Gewährung sich als eine gesellschaftliche Gegenleistung darstellt, für die der Anteil am Gewinn und Verlust des Handelsgewerbes gewährt wird, ist eine wesentliche Voraussetzung für die stille Gesellschaft.

3. Grad der Haftung. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1027 (altes Recht). Der Inhaber des Handelsgewerbes haftet dem stillen Gesellschafter nicht für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, sondern nur für diligentia quam suis rebus. Zwar ist der Vertrag über die Eingehung einer stillen Gesellschaft für den Inhaber ein Handelsgeschäft (Art. 273). Daraus folgt aber nicht, daß auch die stille Gesellschaft als solche nach innen als ein Handelsgeschäft zu betrachten ist. Art. 282 AHGB. ist daher nicht anwendbar, sondern nach Art. 1 das bürgerliche Recht der Gesellschaft, das die mildere Haftung quam suis rebus vorschreibt. Anderenfalls würde auch der Inhaber dem stillen Gesellschafter strenger haften, als die Teilhaber einer oHG. und KG. (Artt. 94, 157 aaO.). — Dieselbe Auffassung wird für das neue Recht vertreten. **b)** Lübbert aaO. 513. Die Kontrahenten haften sich allgemein für Vorsatz und Fahrlässigkeit, nicht nur für diligentia quam suis rebus.

4. Können Dienste als Einlage geleistet werden? **a)** Vgl. IDR. **2** Note 2c, **4** Note 2b. **b)** Die Frage bejaht Goldmann Anm. 5. **c)** Die Frage wird verneint von Staub (7) Anm. 14, Makower (13) Anm. V b 3, *Lübbert 515. Ein Rechtsverhältnis, bei dem jemand Dienste gegen part. Entgelt zu leisten hat, kann der Geschichte der stillen Gesellschaft nach nicht für eine solche angesprochen werden, da sie hervorgegangen ist aus einem Verhältnis, bei dem der Komplementar Dienste zu leisten hat (nämlich die Umsetzung des ihm vom heutigen stillen Gesellschafter anvertrauten Gutes). Als Einlage eines stillen Gesellschafters kann dagegen die Übertragung von Miteigentum an der Einlagesache sehr wohl dienen (**RG. 45** 38).

§ 338. BauersZ. **13** 136, R. **06** 78 = IDR. **4** Note 1 zu § 338.

§ 339. Endigt die stille Gesellschaft durch Konkurs des stillen Gesellschafters? **a)** Bejahend Makower Anm. Ia 16 in analoger Anwendung des § 728 BGB.; ebenso Goldmann Anm. 10. **b)** Verneinend *Lübbert aaO. 517. Sie ist keine Gesellschaft. Die Gläubiger des stillen Gesellschafters haben das Kündigungsrecht der §§ 339, 135 HGB.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Als eine Rückwirkung der durch das Börsengesetz provozierten Registereinwand- und Terminhandelsprozesse dürften auch die zahlreichen Prozesse anzusehen sein, welche gegen Bankiers wegen schlechter Beratung beim Ankaufe von Effekten angestrengt worden sind. Besonderes Aufsehen in Bankkreisen hat die § 347 unter 1d wiedergegebene Entscheidung hervorgerufen. Sie dürfte aber eine durchaus geeignete Schranke errichten gegen die etwa wiederkehrende Neigung einzelner Hypothekenbanken, den Absatz ihrer Pfandbriefe durch Gewährung höherer und allzu hoher Bonifikation an den Provinzbankier zu steigern.

Literatur: Beling, Die Inhaberlagerscheine im Verkehr und Konkursfalle nach neuem Rechte, GoldschmidtsZ. 58 194. — Heymann, Die dingliche Wirksamkeit der handelsrechtlichen Traditionspapiere (Breslau 1905), in der Festgabe für Felix Dahn. — Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Leipzig 1906. — Regelsberger, Über den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Schuldforderung bei der Abrechnung, IheringsJ. **49** 407. — Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche (Neue Folge 1900—1906). Breslau 1906.

§ 344. 1. Abs. 1. KfmG. Stettin, GewuKfmG. **11** 356. Nach dem Grundsatze des Abs. 1 muß angenommen werden, daß die von dem Direktor einer Aktiengesellschaft engagierte Kontoristin für die Gesellschaft engagiert worden ist, sofern nicht ausdrücklich dargetan wird, daß er sie als eine Privatangestellte angenommen habe.

2. Abs. 2. **RG.** JW. **06** 87, R. **06** 387. Auch Bürgschaftsurkunden gehören zu den Schuldscheinen im Sinne dieser Vorschrift, wenn ein Kaufmann sie ausstellt.

3. WürttJ. **18** 37 (Stuttgart). Für die Frage, ob ein Gesellschafter bei der Zeichnung eines Schuldscheins namens der Gesellschaft oder in privater Eigenschaft gehandelt hat, ist aus dem Art. 344 Abs. 2 nichts zu entnehmen. Vielmehr ist in dieser Hinsicht lediglich der § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB. maßgebend, wonach in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung die Umstände des einzelnen Falles darüber entscheiden, ob ein Gesellschafter in Vertretung der Gesellschaft tätig war.

§ 346. 1. Treu und Glauben. Verkehrssitte. **a**) UnlW. **5** 31 (KG.). Verträge, durch die sich die Vertreter eines bestimmten Fabrikats oder der Waren einer bestimmten Fabrik gegenseitig ihren Wirkungskreis abgrenzen, indem sie sich verpflichten, nach dem Bezirke des anderen nicht zu liefern und einander die aus dem anderen Bezirke kommenden Bestellungen, Anfragen usw. zu überweisen, sind dahin auszulegen, daß für die Überweisung eine Provision nicht zu zahlen ist. **b**) **RG.** JW. **06** 60, BauersZ. **13** 146. Es besteht keine kaufmännische Usance, wonach beschönigende Verschleierungen der Geschäftslage in kaufmännischen Kreisen allgemein üblich und daher mit den guten Sitten vereinbar seien. Dagegen enthält die unbestimmte beschönigende Ausdrucksweise, die zwar die Geschäftslage auch nicht aufdeckt, aber den mit dem kaufmännischen Verkehre Vertrauten nicht zu täuschen vermag, weil im Verkehre derartige Äußerungen üblicherweise als Redensarten genommen werden, eine solche Verschleierung nicht. **c**) HansGZ. **06** Hauptbl. 47 (Hamburg). Wenn ein inländisches Exporthaus für ein überseeisches Haus die Bezeichnung „mein Haus" anwendet und außerdem am Kopfe seiner Briefbogen auch die Firma des überseeischen Hauses führt, so muß es die damit bekundete Solidarität mit dem überseeischen Hause Dritten gegenüber gelten lassen. **d**) **RG.** BadRpr. **06** 61. Die vertragliche Zusicherung des Verkäufers beim Verkauf eines Geschäfts, den Käufer mit Rat und Tat zu unterstützen und ihm mit neuen Mustern und Ideen an die Hand zu gehen, begründet zwar keinen Anspruch auf unmittelbare Leistung von Rat oder auf Produktion neuer Muster und Ideen. Dagegen ist nicht ausgeschlossen, der Vereinbarung insofern mittelbare rechtliche Wirkungen zuzuerkennen, daß der Verkäufer, wenn er das zugesagte Handeln im Widerspruche zu Treu und Glauben unterläßt, für den hierdurch entstandenen Schaden haftet.

2. Stillschweigen. **a**) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 76. Wo das Schweigen des einen Teiles geeignet ist, die Entschließung des anderen Teiles zu beeinflussen, ist der erstere nach Treu und Glauben verpflichtet, den letzteren nicht im ungewissen über eine nähere Willensmeinung zu lassen. Wenn Zweifel obwalten, so ist das Schweigen gegen den Schweigenden auszulegen. **b**) R. **06** 693, BankA. **6** 12 (Colmar). Stillschweigen des einen Teils auf die Vertragsofferte des anderen ist namentlich dann nicht als Zustimmung auszulegen, wenn der Antragsempfänger bereits vorher dem anderen Teile gegenüber ablehnende Stellung gegen die Offerte genommen hat. Dann ist vielmehr anzunehmen, daß der Ablehnende so lange bei dem von ihm vertretenen Standpunkte hat beharren wollen, bis er mit ausdrücklichen Worten oder durch schlüssige Handlungen erklärt hat, von ihm abzugehen und sich dem Verlangen des Gegners zu fügen. **c**) KG., DJZ. **06** 264, R. **06** 387, BankA. **5** 129. Im Handelsverkehre muß das Stillschweigen auf ein im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erheischendes Schreiben als Zustimmung auch dann gedeutet werden, wenn der Empfänger des Schreibens zwar keine Kenntnis davon genommen hat, wenn die Nichtkenntnis aber auf ein Verhalten des Empfängers zurückzuführen ist, das

mit den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen im Widerspruche steht und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht geeignet ist, die aus dem Stillschweigen sich ergebenden Rechtsfolgen auszuschließen. **d)** **RG.** R. **06** 316. Das Stillschweigen ist unter Umständen als Zustimmung zu einem vertraglichen Anerbieten zu erachten; maßgebend ist hierbei der Handelsgebrauch oder Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Diese werde z. B. den Widerspruch erheischen, wenn jemand im Anschluß an mündliche Verhandlungen brieflich zum Ausdrucke bringt, daß er den Vertrag als geschlossen ansehe.

3. Offerte. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 68. Im kaufmännischen Verkehr ist die Annahme einer telegraphischen Antragsofferte nur dann als rechtzeitig anzusehen, wenn sie ebenfalls telegraphisch und zwar alsbald erklärt ist.

4. Schlußschein. SächsRpflA. **06** 275, BauersZ. **13** 261 (Dresden). Nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen erschöpft sich die Bedeutung eines dem Besteller ausgehändigten Schlußscheins nicht in der Eigenschaft einer Beweisurkunde, sondern seine Hingabe ist dahin aufzufassen, daß das darin Festgestellte, selbst wenn es nicht ausdrücklich mündlich besprochen worden sein sollte, als Inhalt des Vertrags zu gelten habe. Enthält deshalb der Schlußschein einen Vermerk über den Erfüllungsort, so wird dieser durch die Annahme des Schlußscheins seitens des Bestellers genehmigt und damit für den Fall, daß die Bestellung angenommen wird, zum Teil der Vertragsbestimmungen erhoben. Der Besteller kann sich nicht darauf berufen, daß er den Inhalt des Bestellscheins nicht durchgelesen habe. Ebenso LG. I Berlin, KGBl. **06** 86.

5. Nord, DJZ. **06** 1204. Bei Prüfung, ob sich ein bestimmter Handelsgebrauch bezüglich der Mängelrüge gebildet hat, darf die Frage nicht so gestellt werden, ob am Erfüllungsorte des Käufers ein solcher Gebrauch besteht, sondern ob im Verkehre solcher Verkäufer (Fabrikanten, Grossisten) mit solchen Käufern (Grossisten, Detaillisten) in dieser Ware ein bestimmtes Verhalten Gebrauch ist. Wenn der Handel selbst in dieser Ware interlokal ist, so können auch die maßgebenden Gebräuche nicht lokaler Natur sein.

6. **RG.** BankA. **6** 46. Der Aussteller eines Kreditbriefs kann nicht unter Berufung auf einen Handelsgebrauch die Akkreditierung aus dem Grunde widerrufen, weil infolge Kursrückganges der als Deckung hinterlegten und angenommenen Wertpapiere eine ausreichende Deckung nicht mehr vorhanden ist. Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Kunden berechtigt den Aussteller nur dann zum Widerrufe, wenn der Kreditbrief auf den Namen des Kunden selbst, nicht aber, wenn er im Auftrage des Kunden auf den Namen einer dritten Person ausgestellt worden war.

7. PuceltsZ. **06** 267, RheinA. **102** I 123 (Cöln). S. o. zu § 469 BGB.

8. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 112. Solange die Vollständigkeit einer Vertragsurkunde zu vermuten ist, können Erklärungen und Zufügungen des Reisenden nicht als mündliche abweichende Vereinbarungen, sondern nur als Erläuterungen der in der Urkunde enthaltenen Ausdrücke angesehen werden.

9. **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 257. Das Gericht kann u. U. einen behaupteten Handelsbrauch aus dessen Unverständigkeit heraus auf Grund seiner eigenen Sachkunde als unmöglich ohne weiteres ablehnen.

§ 347. 1. Haftung des Bankiers für Auskunftserteilung. (JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 3b, 4, **4** Ziff. 1 zu § 676 BGB.) **a)** Alsberg, HoldheimsMSchr. **06** 321 ff., s. den Selbstbericht o. Ziff. 2a zu § 676 BGB. **b)** BadRpr. **06** 210 (Karlsruhe). Wenn eine Bank einem Nichtkaufmann die Erwerbung von Aktien einer Aktiengesellschaft empfiehlt, die eine Fabrik auf Grund einer nicht den Zeitwert, sondern diesen Zeitwert unter Zuschla=

gung des Gründergewinns enthaltenden Schlußbilanz gekauft hat, so macht sie sich schadensersatzpflichtig. **c)** RG. HoldheimsMSchr. **06** 231. Der Bankier haftet für seine Empfehlungen nur, wenn er aus der Stellung eines reinen Liebhabers oder Verkaufslustigen heraustritt und zugleich die Rolle eines Beraters annimmt. **d)** RG. BankA. **5** 201. Eine Provision von 2 pCt., die eine Hypothekenbank für Unterbringung ihrer Aktien zusichert, ist so ungewöhnlich hoch, daß sie einen Verdacht gegen die Solidität des Unternehmens begründet. Der Provinzbankier, dem eine solche Bonifikation zugesichert wird, darf deshalb einen Auftrag zum Ankaufe von Aktien des betreffenden Instituts nicht ausführen, ohne zuvor über dessen Lage Erkundigungen eingezogen und ihr Ergebnis dem Kommittenten mitgeteilt zu haben.

2. HansGZ. **06** Hauptbl. 176, BankA. **5** 256 (Hamburg). Eine Bank, die beauftragt ist, vom Käufer ausländischer Waren dessen Akzepte über den Kaufpreis gegen Aushändigung der Ladungspapiere einzuholen, haftet ihrem Auftraggeber nicht für den Schaden, den dieser dadurch erleidet, daß das von ihm entgegengenommene Akzept von einem Angestellten des Käufers in äußerlich unverdächtiger Weise gefälscht worden war.

3. RG. SeuffA. **61** 191. Der ordentliche Kaufmann ist dem Bürgen einer ihm durch Pfand gesicherten Forderung gegenüber verpflichtet, nach Möglichkeit dafür zu sorgen, daß die Forderung nicht durch Abhandenkommen der Pfänder gefährdet werde.

4. HansGZ. **06** Hauptbl. 181, s. o. § 321 BGB. Ziff. 6.

§ 348. OLG. **13** 27 (Hamburg). Im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossen wird auch der Vertrag, durch den ein Kaufmann sein Geschäft mit der Firma auf einen anderen überträgt, selbst wenn er in der Zeit zwischen der Übertragung und der bereits vorher erfolgten Zusicherung der Vertragsstrafe keine Geschäfte mehr betrieben hat.

§ 349. Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 22. Im kaufmännischen Verkehr wird die Übernahme des Delkredere durch einen Kaufmann gleichgeachtet der Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, so daß der Forderungsberechtigte sich beim Verzuge des Erfüllungsverpflichteten sofort an den halten kann, der das Delkredere übernommen hat. (Vgl. Staub Note 15 zu § 84.)

§ 350. R. **06** 316 (Dresden). Schriftform ist nicht erforderlich, wenn die Bürgschaft auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist. Dies gilt aber nur, wenn er Vollkaufmann ist.

§ 352. Vgl. JDR. **2** § 352.

§ 353. Vgl. JDR. **3** § 353.

§ 354. Vgl. JDR. **2—4** § 354.

§ 355. 1. *Regelsberger, BankA. **5** 169. Die bei den Großbanken üblichen formularmäßigen Geschäftsbedingungen für die Eingehung eines Kontokurrentverhältnisses haben im einzelnen eine verschiedene rechtliche Bedeutung. — Der auf Grund solcher Geschäftsbedingungen geschlossene Kontokurrentvertrag erzeugt nur ein Schuldverhältnis unter den Parteien, aber ein Schuldverhältnis mit zusammengesetztem Inhalt.

2. RG. BankA. **5** 201, BauersZ. **13** 120. Die Anerkennung eines Kontokurrentsaldos beraubt den Anerkennenden nicht der Möglichkeit, das Nichtbestehen einzelner im Saldo enthaltener Verbindlichkeiten nachträglich geltend zu machen. Dies hat jedoch nicht durch Anfechtung des Saldoanerkenntnisses wegen Irrtums, sondern durch Anstrengung einer Bereicherungsklage gegen den Gläubiger zu geschehen.

§ 356. Vgl. JDR. **2—4** § 356.

§ 357. Vgl. JDR. **3** u. **4** § 357.

§ 360. Vgl. JDR. 2 § 360.

§ 362. Vgl. JDR. 3 u. 4 § 362.

§ 363. 1. *Beling, GoldschmidtsZ. 58 194 ff. Was den Erwerb dinglicher Rechte am Gut beim Verkehr mit den rechtlich zulässigen Lagerscheinen auf den Inhaber (s. RG. 59 374) anlangt, so können sich im Vergleich zum indossablen Orderlagerschein auch hier nur im Falle einer schlichten Inpfandnahme oder eines Eigentumserwerbes lediglich des Scheines von einem Nichtberechtigten materielle Nachteile für den Erwerber ergeben; diesen aber kann auch beim Inhaber-Lagerschein ohne jede Sachübergabe der Ware vorgebeugt werden durch ausdrückliche oder stillschweigende Einigung hinsichtlich des gleichzeitigen Eigentumserwerbes am Gute und im Falle der Verpfändung durch Sicherungskauf oder durch Denuntiation an den Lagerhalter seitens des Verpfänders.

2. *Langen, Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte 93 ff. Auf die hier genannten Orderpapiere findet § 794 BGB. entsprechende Anwendung.

3. R. 06 693, OLG. 13 31, BankA. 5 288 (Braunschweig). Ein zur Tilgung einer Forderung gegen den Aussteller gegebener Scheck muß nach Verkehrssitte und Handelsgebrauch innerhalb einer billig zu bemessenden Frist dem Angewiesenen zur Zahlung präsentiert werden. Eine Verletzung dieser Diligenzpflicht macht den Empfänger schadensersatzpflichtig.

§ 364. Vgl. JDR. 2 u. 3 § 364.

§ 365. Vgl. JDR. 2 § 365.

§ 366. Vgl. JDR. 2—4 § 366.

§ 367. Vgl. JDR. 2 u. 4 § 367.

§ 369. I. Abs. 1. 1. R. 06 1012 (Kiel). Bei Geltendmachung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist die Vorschrift des § 274 BGB. zur Anwendung zu bringen, daß der Schuldner nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist.

2. Marcus, R. 06 1428 f. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist auch zugunsten des Verkäufers an der vom Käufer bereits bezahlten, ihm aber noch nicht übergebenen Ware anzuerkennen, wenn nur im übrigen die Voraussetzungen des Retentionsrechts nach § 369 HGB. vorliegen.

3. *Planitz 6. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist kein Gegenstand im Sinne des BGB. Es kann nicht durch Verfügungsgeschäft übertragen werden. Wohl aber geht es über, wenn Forderung und Besitz an der Zurückbehaltungsware zugleich übertragen werden, also auf den Erben, den kaufmännischen Nachfolger, der das Geschäft mit der Firma übernimmt. Wer ein Vermögen erwirbt, erwirbt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur, wenn weder Forderung noch Deckung vom bisherigen Gläubiger zurückbehalten wurde.

4. *Planitz 7, 30. Da das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht vom Bestehen des persönlichen Anspruchs abhängig ist, geht es mit Verjährung der Forderung unter. Es besteht nicht für Forderungen aus Differenzgeschäften, wohl aber für solche aus einer Bürgschaft.

5. RG. R. 06 292. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erleidet insofern eine durch die Natur der Sache gebotene Beschränkung, als der Gläubiger nicht mehr zurückbehalten darf, als zur reichlichen Deckung seiner Forderung notwendig ist.

II. Abs. 2. *Planitz 22. Ist der Pfandgläubiger beim Erwerbe seines Rechtes nicht in gutem Glauben hinsichtlich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, so geht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem später entstandenen gesetzlichen Pfandrecht immer dann vor, wenn der Zurückbehaltungsgläubiger unmittelbarer Besitzer der Ware bleibt.

III. Abs. 3. *Planitz 14 f., 33. Verpflichtung zur Rückgabe. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist zwingenden Rechtes. Ist der bestimmte Tatbestand gegeben, so tritt es auch gegen Parteiabrede mit Notwendigkeit ein: es kann weder im allgemeinen noch hinsichtlich einer bestimmten Ware ausgeschlossen werden, der Gläubiger kann sich nur obligatorisch verpflichten, von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen.

§ 371. Abs. 4. *Planitz 27, 28. Die Parteien können nicht durch Vereinbarung die Notwendigkeit des vollstreckbaren Schuldtitels beseitigen, ohne dem Rechte des Gläubigers den Charakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu nehmen. — Im Prozesse erstreckt sich die Beweislast des Gläubigers nur auf die Entstehung, nicht das Fortbestehen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. — Die Kosten des Rechtsstreits fallen dem Schuldner als solchem zur Last, selbst wenn er nicht unmittelbar zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat. Denn nicht die Gestattung der Realisierung war der eigentliche materielle Inhalt der Rechtspflicht des Schuldners, sondern die Schulderfüllung. Mit der Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wird aber nicht die Schulderfüllung erzwungen, sondern die mangelnde Schulderfüllung wird ersetzt.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vorbemerkung: Sehr verdienstvoll ist die Zandersche Sammlung von Handelsgebräuchen; sie wird in zahlreichen Fällen dem Spruchgericht die Einholung eines Handelskammergutachtens ersparen und damit in diesen Fällen dem vielbegehrten und berechtigten Ziele der Prozeßbeschleunigung dienen. Aus diesem Grunde ist diese Sammlung auch nachstehend so ausführlich verwertet.

Bei § 377 wird eine gesunde Praxis den widerstreitenden Interessen des Rügenden und des Rügeempfängers gerecht: sie verlangt als Inhalt der Rüge Substantiierung und Gewährung von Klarheit darüber, daß die Ware nicht als Erfüllung angenommen werde, auf der anderen Seite trägt sie in der Frage der Rechtzeitigkeit der Untersuchung der Schwierigkeit bei den Artikeln einzelner Branchen Rechnung.

Literatur: Deutsche Handelsgebräuche. Zusammengestellt nach dem Gutachten der Handelskammern und Vorsteherämter von Rechtsanwalt Zander, Danzig, HoldheimsMSchr. **06** 21 ff. und 225 ff. — Kronacher, Der Werklieferungsvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB. München 1906. — Marcus, Ist die Geltendmachung der rechtzeitigen Mängelrüge nach § 377 im Sinne des § 461 Abs. 2 ZPO. ein selbständiges Verteidigungsmittel? R. **06** 236. — Schönfeld, desgl., R. **06** 431. — Weigelin, desgl., R. **06** 432.

Rechtsmaterial zum gesamten Abschnitt „Handelskauf".

Vor § 373. 1. Zahlungsziele. a) Zander 22. In der Drogenbranche ist bei Warenlieferungen ein dreimonatiges Zahlungsziel üblich, und zwar auch dann, wenn die Beteiligten über die Zahlung des Kaufpreises für die Lieferung etwas Besonderes nicht vereinbart haben. Ausnahmen dahin, daß per Kasse mit 1—$1^1/_2$ pCt. Skonto zu zahlen ist, gelten nur bei gewissen, hauptsächlich medizinischen Spezialitäten, oder sog. Markenartikeln: von den ersteren sind insbesondere zu nennen: Gold- und Silbersalze, Quecksilber, Jod und dessen Salze usw.; von den letzteren: van Houtens Kakao, Liebigs Fleischextrakt, Tropon, Somatose usw. **b**) Zander 22. Tafelbutter (Naturbutter) ist Kasseartikel und wird handelsgebräuchlich (mangels entgegenstehender Abrede) nur „netto Kasse" gehandelt. **c**) Zander 22. Im Handel mit Glas-, Porzellan- und Steingutwaren ist bei dem Geschäftsverkehr mit Wiederverkäufern (in Breslau) ein Zahlungsziel von 3 Monaten in Ermangelung anderweitiger Abreden handelsüblich. **d**) Zander 22. Bei dem Verkauf von photographi-

schen Artikeln gilt mangels entgegenstehender Abrede nach den in diesem Geschäftszweige allgemein üblichen Geschäftsbedingungen bei Lieferung an Wiederverkäufer ein Ziel von 3 Monaten als stillschweigend gewährt. **e**) Zander 22. Im Alteisenhandel ist üblich, daß der Käufer nach Empfang der Ware Zahlung leiste, wenn nichts anderes vereinbart ist. **f**) Zander 23. Im Verkehr zwischen Ledergroßhandlungen und Schuhfabriken ist ein Zahlungsziel von 3 Monaten oder von 30 Tagen mit 2 pCt. Skonto, vom Datum der Faktura an gerechnet, handelsüblich.

2. Zahlungsabreden. **a**) HansGZ. **06** Hauptbl. 224 (Hamburg). Bei der Klausel „netto Kasse in X." ist der Verkäufer nicht berechtigt, den Kaufpreis wegen einer früheren, aber noch nicht liquiden Gegenforderung zurückzuhalten. **b**) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 22. Die Abrede „Parität Leipzig" soll im Getreidehandel nur die Grundlage für die Frachtberechnung bilden. Sie hat mit dem Erfüllungsorte nichts zu tun und will lediglich den Kalkulationsort für die Frachtberechnung festlegen. **c**) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 22. Die Zahlungsbedingung „per Kasse mit 2 pCt. Skonto" ist nach Handelsbrauch so aufzufassen, daß der Käufer bei Zahlung sofort nach Empfang der Ware 2 pCt. des Rechnungsbetrags als Skonto abziehen darf. Nach welcher Frist die Zahlung noch als sofortige oder bare angesehen wird, ist in den einzelnen Geschäftszweigen verschieden. Am häufigsten kommt die Frist von 14 Tagen vor. Eine längere Frist als 30 Tage kann nach Handelsbrauch für einen (Kassa) Skontoabzug nicht verlangt werden. — Es besteht kein Handelsbrauch, wonach der Käufer zu einer Kürzung des Rechnungsbetrags um 2 pCt. Skonto ohne eine zeitliche Begrenzung so lange berechtigt ist, als der Verkäufer ihm nicht den Verlust des Rechtes, 2 pCt. Skonto abzuziehen, angedroht hat. **d**) Zander, Gutachten, HoldheimsMSchr. **06** 22. Die Klausel „3/3 Monat 6 pCt." bedeutet im Verkehr zwischen Fabrikanten und Grossisten der Tuchbranche, daß die Schuld nach 3 Monaten mit Dreimonatswechsel zu begleichen ist und daß dem Käufer das Recht zustehe, 6 pCt. vom Fakturenbetrage zu kürzen. Das Recht auf Kürzung der 6 pCt. geht dem Käufer auch dann nicht verloren, wenn die Hingabe der Rimessen nicht pünktlich erfolgt, der Lieferant hat jedoch im Falle der Überschreitung des Zieles von 6 Monaten Anspruch auf Zinsenvergütung. **e**) Zander 22. „Sofortige Kasse mit 4 pCt. nach Empfang der Faktura" hat nach der (im Tuchhandel) bestehenden Verkehrsauffassung die Bedeutung, als vereinbart zum Ausdruck zu bringen, daß der Kaufpreis vor Absendung der Ware bereits zu entrichten ist. Wenn der Kaufpreis erst nach Empfang der Ware entrichtet werden soll, so wird dies handelsüblich durch die Klausel: „Sofortige Kasse mit 4 pCt. nach Empfang der Ware", oder schlechthin „sofortige Kasse mit 4 pCt." zum Ausdrucke gebracht. **f**) Zander 22. Bei einem Übersendungskauf mit der Zahlungsverabredung „nach Empfang der Faktura Wechselakzept" hat nach Handelsgebrauch der Verkäufer die Pflicht, gleichzeitig mit der Faktura auch die Ware abzusenden und zur Beglaubigung des Versandes das Konnossement oder den Duplikatfrachtbrief gegen das Wechselakzept des Warenempfängers auszuhändigen. **g**) **RG. 61** 340. Die Klausel „Ware gegen Verladungsdokumente" verpflichtet den Käufer nicht unbedingt zur Zahlung gegen Übergabe der Papiere, sondern hat nur die Wirkung, daß, wenn der Käufer die Einlösung verweigerte, die Beweislast für die Berechtigung der Weigerung ihn trifft. **h**) Zander 225. Wenn Properhändler für eine Margarinefabrik unter Übernahme von Spesen und Risiko den Verkauf ihrer Produkte ausführen, so ist es allgemein üblich und auch angemessen, daß sie von den Abnehmern 5 pCt. Preisaufschlag einziehen und erhalten. **i**) Zander 225. Wenn beim Kaufe von Waren eine spätere Valuta vereinbart wird, so versteht sich diese

per Ende des Monats. Die Abrede „per Valuta April" bedeutet demnach, daß das vereinbarte Ziel mit Ende April beginnt.

3. Feststellung von Ware und Preis. **a**) Zander 225. Wenn im Geschäftsverkehre zwischen zwei Firmen über die Art der Waren, ihren Preis usw. keine Meinungsverschiedenheit vorgekommen ist, so ist der Ausdruck „wie gehabt" handelsgebräuchlich auf alles, was mit der Lieferung der Ware zusammenhängt, zu beziehen, also nicht nur auf Größe und sonstige Beschaffenheit, sondern auch auf den bei früherer Bestellung berechneten Preis und den darauf zu gewährenden Rabatt. **b**) Zander 22. Nach den (in Schlesien) im Großhandel mit Alteisen herrschenden Geschäftsgebräuchen gilt es als stillschweigend vereinbart, daß für die Verrechnung der Händler untereinander die Aufgabe des die Ware schließlich abnehmenden Hüttenwerkes über Menge und Beschaffenheit der Ware maßgebend ist, und zwar auch dann, wenn die Ware für Rechnung eines Händlers von einem anderen Händler dem Werke eingeliefert wird. Im Falle ausdrücklicher Vereinbarung eines solchen Abkommens wird dafür der Ausdruck „Hüttenaufgabe maßgebend" gebraucht.

4. Abnahmefrist. Zander 225. Die Bestellung eines Fasses Maschinenöl „auf Abruf 1905" hat nach bestehendem Handelsgebrauche die Bedeutung, daß der Besteller im Laufe des genannten Jahres die Ware nicht nur abzurufen, sondern auch in Empfang zu nehmen verpflichtet ist.

5. Frachtauslage. Zander 225. Es ist im kaufmännischen Verkehre üblich, daß auch dann, wenn Waren franko Bahnhof auf Kredit verkauft sind, der Empfänger die Fracht für die unfrankiert übersandte Ware verauslagt, vorausgesetzt, daß der Frachtbetrag nicht einen erheblichen Teil des Fakturenbetrags ausmacht.

6. Emballage, Tara. **a**) Heuer, HansGZ. **06** Hauptbl. 85. Enthalten die über die Ware übersandten Fakturen eine Preisberechnung auch über die Emballage, außerdem aber den Vermerk, daß letztere binnen bestimmter Frist zu dem berechneten Preise zurückgenommen wird, so gilt die Verpackung an sich als mitverkauft. Der Verkäufer hat sich nur bereit erklärt, sie zu dem berechneten oder einem geringeren Preise unter der Bedingung zurückzunehmen, daß sie binnen bestimmter Frist wieder in seinen Besitz gebracht werde. Die Gefahr der Rücksendung von Emballage trägt also der Käufer. **b**) Der Vermerk: „Emballagen werden nur in gutem Zustande unter freier Retournierung zum halben Preise vergütet", ist dahin zu verstehen, daß die Hälfte des für die Kisten, einschließlich der Verpackung berechneten Betrags zu vergüten ist. Dabei ist der Käufer weder verpflichtet, das zum Auspolstern der Kisten verbrauchte Stroh und Heu, noch die Kisten dem Verkäufer bis ins Haus porto- und abtragfrei zurückzusenden, vielmehr erfolgt die Rücksendung lediglich franko Bahnstation.

7. Bankgeschäft. Zander 226. Nach allgemeinem Handelsgebrauch ist auf dem Gebiete des gesamten Wertpapier-, Emissions- und Einführungsgeschäfts der Sitz des Einführungshauses Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen, insbesondere auch für die Zahlung der Provisionen. Dagegen besteht kein allgemeiner Handelsgebrauch, nach dem bei Verträgen zwischen Bankfirmen über Übertragung der Einführung von Pfandbriefen, der Sitz der Einführungsfirmen Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen ist.

8. Getreidehandel. **a**) Zander 226. Im Getreidehandel besteht ein Handelsgebrauch, nach dem bei Bestimmung von Nachfristen (§ 326 BGB.) der Tag, an dem die Bestimmung dieser Nachfrist bei dem in Verzug geratenen Schuldner eingeht, in die gesetzliche Frist eingerechnet wird, wenn das Benachrichtigungsschreiben mit der ersten Post vormittags eingeht. **b**) Zander 226. Im Handel mit Getreide, Mühlenfabrikaten und Futterartikeln besteht, sofern

Distanzgeschäfte in Frage kommen, ein allgemeiner Handelsgebrauch, daß der Verkäufer vorzuleisten hat, und daß eine Zahlungspflicht für den Käufer erst dann entsteht, nachdem ihm am Bestimmungsort die Ware derart zur Verfügung gestellt ist, daß er sie auf seine ordnungsmäßige Beschaffenheit prüfen kann. Die Bestimmung „Schlußscheine gegen Kasse bei Empfang jeder Teilleistung" steht dem nicht entgegen. **c**) Zander 226. Im Getreidehandel ist es üblich, wegen Quantitätsmängel Waren überhaupt nicht zur Verfügung zu stellen, sondern nur das wirklich vorhandene Gewicht zu bezahlen.

9. Zeitschriftenhandel. Zander 228. Es ist allgemein anerkannter Handelsgebrauch, daß derjenige, der eine Zeitschrift für einen bestimmten Jahrgang bestellt hat, den Abonnementspreis für den folgenden Jahrgang bezahlen muß, falls er nicht vor oder bei Empfang des ersten Heftes des neuen Jahrgangs die Zeitschrift abbestellt, selbst wenn die Nummern der Zeitschrift einzeln käuflich sind.

10. Binnenschiffahrt. **a**) Zander 228. In Berlin ist der Schiffer nach Handelsgebrauch verpflichtet, die Ware (Zement in Säcken) bis zur Bordkante zu liefern. **b**) Zander 228. Es ist in dem von Hamburg ausgehenden Binnenschiffahrtsverkehr allgemein üblich, bei Frachtabschlüssen einen Abzug oder einen Zuschlag von 5 pCt. zu gewähren, falls die Ladung nach dem Gewicht mit dem Zusatz „circa" festgestellt ist.

§ 373. 1. Ort des Selbsthilfeverkaufs. **a**) OLG. **13** 28 (Dresden). Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der Selbsthilfeverkauf dort vorzunehmen sei, wo sich die Ware z. Zt. seiner Vornahme befindet, wenn sie nicht erst in einer durch den Vertrag nicht gerechtfertigten Weise unzweckmäßig dorthin verbracht wurde. — Ist die zu liefernde Warenmenge in einzelnen Posten zu liefern und steht dem Verkäufer die Wahl des Absendungsortes frei, so kann er den Selbsthilfeverkauf auch an den verschiedenen Orten vornehmen oder auch hinsichtlich einiger Posten Verkauf eintreten lassen, für die anderen aber den Kaufpreis fordern. **b**) **RG.** ElsLothJZ. **06** 91. Bei Auswahl des Ortes für den Selbsthilfeverkauf muß eine freie, den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechende Auffassung Platz greifen. Die Regel, daß der Verkauf dort zu erfolgen habe, wo sich die Ware z. Zt. der Annahmeverweigerung befindet, darf also, muß aber nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen durchbrochen werden.

2. Zeitpunkt des Selbsthilfeverkaufs. SächsRpflA. **06** 57 (Dresden). Der Verkäufer ist durch die vor Ablauf der Abnahmefrist erfolgte Weigerung des Käufers, abzunehmen, der Pflicht, mit der Versteigerung bis zum Ablauf der Frist zu warten, nicht überhoben.

3. Die Bedingungen des Selbsthilfeverkaufs. **a**) **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 217. Es ist, da gesetzliche Vorschriften über die dem Selbsthilfeverkauf zugrunde zu legenden Vertragsbedingungen nicht bestehen, nicht als unter allen Umständen unzulässig und die Gesetzwidrigkeit des Selbsthilfeverkaufs bewirkend anzusehen, wenn er unter anderen als den für das ursprüngliche Kaufgeschäft vereinbarten oder den in Ermangelung einer vertraglichen Abrede aus dem Gesetze sich ergebenden Vertragsbedingungen abgeschlossen wird, sofern die abweichenden Bedingungen nur als geschäftsüblich und den gegebenen Verhältnissen entsprechend zu erachten sind und dadurch das Interesse des säumigen Käufers nicht in einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten Weise verletzt wird. **b**) **RG.** R. **06** 64. Da das Gesetz über die Bedingungen, unter denen ein Selbsthilfeverkauf zu erfolgen hat, keine besonderen Vorschriften enthält, so ist mit der bisherigen Rechtsprechung daran festzuhalten, daß der Verkauf nach der am Verkaufsorte bestehenden Übung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu geschehen habe, und daß er nicht unter Bedingungen vorgenommen werden dürfe, die wesentlich von denen

des ursprünglichen Kaufgeschäfts abweichen und geeignet sind, den Preis herabzudrücken. **c)** OLG. **13** 28 (Dresden). Die an sich unzulängliche Bedingung, daß Gewährleistung für Güte und Beschaffenheit der zu versteigernden Ware ausgeschlossen werde, macht den Selbsthilfeverkauf nicht wirkungslos, wenn sie für das Ergebnis der Versteigerung maßgeblich gewesen ist, z. B. weil die Kauflustigen sich durch Besichtigung von der Qualität der Ware überzeugen konnten. **d)** RG. R. **06** 694. Ist im Falle eines Sukzessivlieferungsvertrags der Käufer mit der Annahme mehrerer Ratenlieferungen im Verzug, so braucht der Selbsthilfeverkauf gemäß § 373 nicht auch mit der Bestimmung von Lieferung in Raten zu erfolgen. In einem solchen Falle ist auch der Verkauf des ganzen rückständigen Quantums unter Bestimmung einer angemessenen Abnahmefrist zulässig, sofern der Verkäufer nicht in arglistiger oder illoyaler Weise verfahren ist, vielmehr auch auf das Interesse des Käufers an der Erzielung eines möglichst hohen Steigerlöses entsprechende Rücksicht genommen hat. **e)** RG. ElsLothJZ. **06** 91. Der Selbsthilfeverkauf, vorgenommen durch einen Angestellten der Eisenbahnverwaltung, welche die ihr als Frachtführerin zustehenden Rechte wahrnimmt, ist nicht ordnungsgemäß, weil dieser Beamte kein unparteiischer Dritter ist. Ein solcher Verkauf kann nicht zur Begründung einer Schadensersatzforderung geltend gemacht werden.

4. Annahmeverzug und Selbsthilfeverkauf bei Konnossement. RG. R. **06** 450, DJZ. **06** 541, HoldheimsMSchr. **06** 164. Wenn in einem Lieferungsvertrage vereinbart ist, daß gegen Konnossement verkauft werde, d. h. daß das über die Ware ausgestellte Verfügungspapier dem Käufer früher als die Ware übergeben werden soll, so kann der Selbsthilfeverkauf infolge Annahmeverzugs des Käufers vor der Ankunft der Ware und zwar in der Art erfolgen, daß die Ware, repräsentirt durch das Konnossement, verkauft wird. Ist dagegen eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so ist ein solcher Selbsthilfeverkauf regelmäßig unzulässig. Es ist nicht unter allen Umständen erforderlich, daß die Ware vor Ausübung des Selbsthilfeverkaufs an den Leistungs- oder Bestimmungsort gesendet wird, und dort der Selsthilfeverkauf erfolgt. Vielmehr kann er an demjenigen Orte stattfinden, den der Verkäufer im guten Glauben und unter Berücksichtigung der Interessen beider Teile für geeignet hält.

§ 374. Vgl. JDR. **2—4** § 374.

§ 375. WürttJ. **18** 155 (Stuttgart). Wenn das neue HGB. „Fristsetzung" im § 375 vorschreibt, so wird darunter (im Gegensatz zu der im alten HGB. Art. 356 — vorgeschriebenen „Fristgewährung") die ausdrückliche Erklärung, daß die Frist gesetzt werde, verstanden. Die tatsächliche „Gewährung" der Frist genügt nicht. — Die Weigerung des Käufers, überhaupt den Vertrag zu erfüllen, macht eine Fristsetzung zur Treffung der Bestimmung i. S. des § 375 nicht entbehrlich. Mag dieser Gesichtspunkt auch für die Fristsetzung des § 326 BGB. zutreffen, so liegt die Sache im Falle des § 375 Abs. 2 um deswillen anders, weil es einen guten Sinn hat, wenn ein Käufer erklärt, er halte sich zwar an den Kaufvertrag nicht für gebunden und werde ihn freiwillig nicht erfüllen, für den Fall aber, daß die Gerichte ihn zur Erfüllung des Kaufvertrags verurteilen sollten, wolle er ein ihm zustehendes Bestimmungsrecht ausüben.

§ 376. 1. RG. JW. **06** 36, R. **06** 316. Bei An- und Verkäufen von Wertpapieren nach den Regeln und Geschäftsbedingungen der Londoner Börse handelt es sich um Fixgeschäfte, weil an der genannten Börse nur zweimal im Monat an im voraus für das ganze Jahr fest bestimmten Tagen Lieferung und Zahlung erfolgt.

2. HansGZ. **06** Hauptbl. 309 (Hamburg), s. o. § 459 BGB. Ziff. II B 2a.

§ 377. 1. Gegenstand der Untersuchung. **a)** R. **06** 510, OLG. **12** 267 (Hamm). Die Anwendbarkeit des § 377 ist bei Viehmängeln ausgeschlossen. **b)** DJZ. **06** 211, R. **06** 317 (Braunschweig). Im allgemeinen sind Quantitätsmängel den Qualitätsmängeln bei Anwendung dieser Vorschrift gleichzustellen. **c)** Ware. **RG.** BauersZ. **13** 185, ElsLothJZ. **06** 90. Unter Ware i. S. des § 377 sind alle beweglichen körperlichen Gegenstände zu verstehen, die einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden können, auch eine auf Abbruch gekaufte maschinelle Einrichtung.

2. Untersuchungspflicht. **a)** R. **06** 451 (Hamm). Die Anwendbarkeit des § 377 wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer zur persönlichen Untersuchung der Ware außerstande war. **b)** **RG.** R. **06** 126, JW. **06** 91, BankA. **5** 48, ElsLothJZ. **06** 323, HoldheimsMSchr. **06** 48. Für die Frage, ob der Käufer der ihm nach § 377 obliegenden Verpflichtung, die Ware nach der Ablieferung unverzüglich zu untersuchen und von einem sich zeigenden Mangel dem Verkäufer Anzeige zu machen, nachgekommen ist, widrigenfalls die Ware als genehmigt gilt, entscheidet die objektive Sachlage. Die subjektiven Verhältnisse des Käufers müssen dabei außer Betracht bleiben. Ist er selbst zu der Untersuchung technisch nicht befähigt, so muß er geeignete Hilfsmittel eventuell Sachverständige zuziehen.

3. Ort der Untersuchung. Unterschied zwischen Bestimmungs- und Ablieferungsort. **RG.** R. **06** 191, JW. **06** 91, BankA. **5** 49, ElsLothJZ. **06** 324, HoldheimsMSchr. **06** 49. Wird eine Ware gemäß vertraglicher Abmachung an einen Spediteur gesandt, der seine Niederlassung zwischen dem Absendungsort und dem Bestimmungsort hat, und der im Auftrage des Käufers die Umladung der Ware zum Zwecke des Weitertransports an den Bestimmungsort besorgt, so ist der Umladungsort Ablieferungsort im Sinne des § 377 Abs. 1, so daß an diesem Ort die unverzügliche Untersuchung vorzunehmen ist, es sei denn, daß nach der Vertragsabsicht der Parteien die Untersuchung erst am Bestimmungsort erfolgen sollte.

4. Rechtzeitigkeit der Untersuchung. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 281, R. **06** 1382. Bei der Vornahme der Untersuchung ist jede vermeidbare, wenn auch nur geringfügige Verzögerung unstatthaft. **b)** RheinA. **102** I 247 (Cöln). Sind für die Untersuchung der Ware besondere Handlungen (Auspacken, Montieren) notwendig, so verschiebt sich die im § 377 vorgesehene Pflicht der Untersuchung und der Mangelrüge, die hierzu erforderliche Zeit ist aber in die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB. einzurechnen. **c)** SächsRpflA. **06** 270 (Dresden). In der Heizungsbranche hat sich ein Handelsbrauch ausgebildet, wonach ein Gliederkessel nach fertiger Montierung nur darauf unverzüglich untersucht zu werden braucht, ob die Anzahl der Glieder stimme, gröbere äußere Fehler vorhanden seien, der im Kessel erzeugte Dampf in alle Heizkörper gelange; dagegen kann die Probe über seine Leistungsfähigkeit bis zur Aufnahme des betriebsmäßigen Gebrauchs und bis zum Eintritt der kalten Jahreszeit verschoben werden. **d)** HansGZ. **06** Hauptbl. 205 (Hamburg). Die Untersuchung einer „fob. Hamburg" gehandelten Ware (altes Metall) auf ihre Kontraktlichkeit braucht nicht noch in Hamburg an Bord des Seeschiffes vorgenommen zu werden, sie darf bis zur Ankunft im überseeischen Bestimmungsort aufgeschoben werden. — Eine in New York fünf Tage nach Ankunft der Ware vorgenommene Untersuchung ist noch rechtzeitig. **e)** **RG.** R. **06** 257, JW. **06** 119, BauersZ. **13** 186. Der Käufer ist auf Grund des § 377 nicht verpflichtet, jeden im Laufe der Untersuchung sich zeigenden Fehler der Ware einzeln zu melden, sobald er entdeckt ist, grundsätzlich kann er zunächst das Gesamtergebnis der Untersuchung abwarten. Aber er darf nicht wegen der beabsichtigten Vornahme einer nicht so-

fort ausführbaren Untersuchung der Ware auf nicht unmittelbar wahrnehmbare Fehler eine sofort ausführbare anderweite Untersuchung derselben auf offensichtliche Mängel verschieben. **f)** **RG.** BauersZ. **13** 185, ElsLothJZ. **06** 90. Die Zeitdauer für Untersuchung und Mängelanzeige bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles von dem Gesichtspunkte aus, daß keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange als ungerechtfertigter Verzug erscheint. Bei einer gelieferten alten Maschine liegt es regelmäßig in der Natur der Sache, daß solche erst nach längerer Zeit und fortgesetzter Benutzung hinsichtlich ihrer Beschaffenheit und Leistungsfähigkeit beurteilt werden kann. Der Mangel ist nicht anzuzeigen, wenn der Käufer die Mangelhaftigkeit nur vermutet, sondern erst dann, wenn er sie festgestellt und volle Sicherheit erlangt hat.

5. Art der Untersuchung. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 202, R. **06** 1271. Bei der Frage, ob eine gewählte Art der Untersuchung der Ware (§ 377 Abs. 1) dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspricht, ist auch die in dem betreffenden Geschäftszweige bestehende Übung zu berücksichtigen, sofern sie sich nicht als Mißbrauch darstellt. Daß ein zu solcher Art der Untersuchung verpflichtender Handelsgebrauch bestehe, ist nicht erforderlich. **b)** Zander, HKGutachten, HoldheimsMSchr. **06** 23. Im Handel mit Graupenfutter ist der Käufer zum Zwecke der Erhaltung des Einspruchsrechts nicht verpflichtet, die Ware nach Empfang zur Qualitätsprüfung aus den Säcken zu schütten, vielmehr ist es üblich und zur Erhaltung des Einspruchrechts ausreichend, daß der Käufer sich von der Qualität der gelieferten Ware nur durch Öffnen einiger Säcke und Besichtigung der Ware von oben überzeugt. **c)** Zander, HKGutachten, HoldheimsMSchr. **06** 23. Bei Lieferung von Metallschleifspänen bildet Nässe einen Quantitätsmangel (nicht Qualitätsmangel).

6. Ausfallmuster. **a)** **RG.** JW. **06** 400, R. **06** 1012, BadRpr. **06** 204. Unter „Ausfallmuster" oder „Ausfallprobe" wird verstanden: einmal ein Teil einer bestimmten Ware, der aus der Ware entnommen ist, damit man daraus die Beschaffenheit der Ware erkenne, zum zweiten (bei einer zu liefernden, aber erst herzustellenden Ware) ein hergestellter Teil der Ware, aus dem die Beschaffenheit auch der künftig herzustellenden Ware erkannt werden kann. **b)** **RG.** JW. **06** 400, R. **06** 1012, BadRpr. **06** 204. Ausfallmuster im juristisch-technischen Sinne ist ein solches, das rücksichtlich der dem Käufer nach § 377 obliegenden Pflichten die Ware vertritt. Die bloße Tatsache des Zusendens und Annehmens eines Ausfallmusters reicht zur Begründung dieser Wirkungen jedoch nicht aus: es muß vielmehr ausdrücklich vereinbart sein oder als stillschweigend vereinbart gelten, daß das Ausfallmuster insoweit die Ware vertritt.

7. Zeit der Mängelrüge. **a)** OLG. **13** 30 (Hamburg). Eine Vorschrift oder auch ein allgemeiner Handelsgebrauch, wonach auch „die verspätete Lieferung" sofort gerügt werden müßte, besteht nicht. **b)** R. **06** 451 (Hamm). Abwesenheit oder geschäftliche Abhaltung entschuldigen nicht die Verspätung der Mängelrüge. **c)** R. **06** 1271 (Frankfurt). Die Mängelrüge kann schon vor Ablieferung der Ware erfolgen, auch in diesem Falle muß sie dem Verkäufer die vorhandenen Mängel deutlich angeben und den Willen des Verkäufers zum Ausdruck bringen, daß er die Lieferung nicht als Vertragserfüllung anerkennt. **d)** **RG.** JW. **06** 762, BankA. **5** 334. Die Vornahme der Untersuchung ist kein gesetzliches Erfordernis für die Mängelanzeige, diese muß nur unverzüglich nach derjenigen auf die Ablieferung der Ware folgenden Zeit geschehen, die für die ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist. Der Käufer kann auch, wenn er den Mangel früher entdeckt hat, mit der Mängelanzeige bis zum Ablauf der gesetzlichen Untersuchungsfrist warten. Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich nur nach objektiven Regeln, nicht nach der Geschäfts-

übung des einzelnen Empfängers. **e)** PosMschr. **06** 12, R. **06** 373 (Königsberg). Durch den Vermerk auf der zugesandten Faktura: „Reklamationen berücksichtige ich nur innerhalb 14 Tage nach Empfang der Ware" ist die Frist für die sonst unverzüglich zu bewirkende Untersuchung und Rüge hinausgeschoben. **f)** R. **06** 1271 (Frankfurt). Der Lauf der Rügefrist beginnt mit der wirklich erfolgten Ablieferung der Ware, für die es wesentlich ist, daß der Verkäufer sich ihrer entäußert, den Gewahrsam aufgibt. Das liegt noch nicht darin, daß die Ware am Bestimmungsort ankommt. Selbst wenn der Käufer es ohne rechtfertigenden Grund nicht zur Ablieferung kommen läßt, wird die Frist zur Mängelrüge nicht in Lauf gesetzt, mag auch der Käufer im übrigen für die Folgen seines Verhaltens haftbar sein. **g)** SächsRpflA. **06** 444, R. **06** 1271 (Dresden). Ein Kaufmann, der mit einem anderen in Geschäftsverbindung steht, muß das ihm von diesem unter Bezugnahme auf eine Bestellung zugesandte Konossement unverzüglich zurückschicken, wenn er die Ware mangels Bestellung nicht annehmen will. Es genügt Rücksendung mit einfachem Briefe.

8. Form der Mängelrüge. Zander 23. Mängelrügen können handelsüblich auch auf telephonischem Wege erklärt werden.

9. Inhalt der Mängelrüge. **a)** R. **06** 758 (Hamm). Die Mängelanzeige muß nicht nur ergeben, welche Fehler gerügt werden, sondern auch den Willen erkennen lassen, daß der Käufer sich die betreffende Lieferung als vollständige Erfüllung nicht gefallen lassen wolle. **b)** **RG.** BauersZ. **13** 237. Für die Mängelanzeige genügt nicht die Bemerkung, daß die Ware „von der Probe abfalle". Es bedarf der Substantiierung, worin die Abweichung besteht. **c)** **RG.** BauersZ. **13** 166, HoldheimsMSchr. **06** 318, ElsLothJZ. **06** 97, SeuffA. **61** 262. Die Mängelrüge muß, wenn sie auch nicht auf Einzelheiten einzugehen braucht, doch so genau präzisiert sein, daß der Verkäufer vor späteren Nachschiebungen anderer als der gerügten Mängel geschützt ist. **d)** **RG.** JW. **06** 762, BankA. **5** 334. Es genügt zur Mängelanzeige, wenn der Verkäufer durch sie ausreichend darüber aufgeklärt wird, aus welchem Grunde der Käufer die Ware beanstandet. Unter Umständen kann die Erklärung der Probewidrigkeit genügen, nämlich dann, wenn der Verkäufer aus der vorausgegangenen Korrespondenz ersehen konnte, in welcher Beziehung die Probewidrigkeit gerügt wird.

10. Vertragliche Änderungen. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 111, R. **06** 1012. Die Vorschriften des § 377, über den Ort der vorzunehmenden Untersuchung der Ware und die Zeit der Mängelanzeige sind nicht zwingender Natur und unterliegen einer hiervon abweichenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Vertragschließenden. **b)** Gutachten der Bresl. Handelsk., BreslauAK. **06** 13. Eine „freundschaftliche" Arbitrage kann nach der in kaufmännischen Kreisen herrschenden Verkehrsauffassung nur stattfinden, wenn beide Kontrahenten zur Erledigung der Differenz die entsprechende Anzahl von Mitgliedern der Arbitrage-Kommission wählen, deren Urteil sie sich zu fügen haben. Lehnt der eine Kontrahent die Ausübung seines Wahlrechts ab, so ist der andere Kontrahent nicht mehr in der Lage, eine „freundschaftliche" Arbitrage durchzuführen, und muß deshalb zu dem Auskunftsmittel greifen, die amtliche Arbitrage, d. h. die Arbitrage durch vereidete Sachverständige, in die Wege zu leiten. **c)** PosMschr. **06** 33, R. **06** 510 (Posen). Ist der Vertrag mit der Klausel „wie besehen" abgeschlossen, so ist der Gewährleistungsanspruch ausgeschlossen.

11. Über das Verhältnis des § 377 HGB. zu § 464 BGB. s. **RG.** o. BGB. § 464 Ziff. 1.

12. Verwahrung des Verkäufers. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 281, R. **06** 1382. Der Verkäufer wahrt sich das Recht zu Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Mängelanzeige dadurch, daß er dieser widerspricht. Die Gründe

braucht er nicht sofort anzugeben. In der Verwahrung der Verkäufer gegen den gleichzeitig mit der Mängelanzeige vom Käufer erhobenen Wandelungsanspruch liegt ein genügend deutlich erkennbarer Widerspruch gegen die Mängelanzeige.

13. Abs. 5. **a)** PosMschr. **06** 32, R. **06** 509 (Posen). Nur dann, wenn nach Lage der Sache angenommen werden kann, daß der Käufer die Ware nur deshalb behalten werde, weil er den Mangel nicht entdecke, ist es Pflicht des Verkäufers, den Käufer auf die nicht erkennbaren Mängel aufmerksam zu machen. Schweigt er in solchem Falle, wo er redlicherweise hätte sprechen müssen, so muß er sich gefallen lassen, daß gegen ihn die Absicht festgestellt wird, er sei darauf ausgegangen, den Käufer zu täuschen. **b)** **RG.** R. **06** 180, HoldheimsMSchr. **06** 73, JW. **06** 86. Für die Annahme eines arglistigen Schweigens ist erforderlich, aber auch genügend, daß der Verkäufer bei seinem Verschweigen darauf rechnete, der Käufer werde den verschwiegenen Mangel nicht bemerken und deshalb die Ware bezahlen, daß also die Nichtangabe des Mangels in dem Bewußtsein geschieht, den Käufer zu täuschen. **c)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 202, s. o. BGB. § 477 Ziff. II 2a.

§ 378. 1. R. **06** 64 (Braunschweig). Der § 378 setzt ebenso wie § 377, auf den er sich bezieht, die Ablieferung der Ware voraus. Kommt es nicht zur Ablieferung, so greift das Präjudiz der Genehmigung nicht Platz. So selbst dann, wenn der Käufer die Annahme grundlos verweigert. Er gerät dann in Annahmeverzug und mag wegen Verzugs der Abnahme ersatzpflichtig sein, aber von Genehmigung ist keine Rede.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 112, R. **06** 1012, ElsLothJZ. **06** 329. Eine objektive Verschiedenheit der gelieferten und der bestellten Waren i. S. des § 378 wird bei Gattungswaren nicht nur durch die Verschiedenheit des Stoffes oder des Ursprungs begründet, sondern kann auch in der Verschiedenheit der Form oder der Sorte liegen, wenn sie so erheblich ist, daß nach der Verkehrsanschauung eine andere Ware, als bestellt, vorliegt.

3. R. **06** 758, OLG. **13** 30 (Hamm). Auch wenn der Kaufpreis nach Zahl, Maß oder Gewicht vereinbart ist, verliert der Käufer im Falle der Minderlieferung durch die Unterlassung der Rüge das Recht entsprechenden Abzugs vom Kaufpreis bezüglich des Mankos. (AA. Düringer-Hachenburg Note a/b zu § 378.)

4. HansGZ. **06** Hauptbl. 273 (Hamburg). Das zu liefernde Gewicht, die zu liefernde Menge ist als bedungen i. S. des § 378 auch dann anzusehen, wenn die Ware faßweise gehandelt wird. Bei Versäumung der rechtzeitigen Rüge wegen zu wenig gelieferter Menge kann der Käufer nicht nachträglich geltend machen, er habe weniger erhalten, als ihm fakturiert sei.

5. **RG.** DJZ. **06** 146. Wenn statt einer besonders geschützten Warengattung eine minder wertvolle Ware derselben Gattung geliefert wird, so liegt nicht Lieferung eines aliud, sondern Lieferung mangelhafter Ware vor.

6. **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 107. Wenn wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles ein Interesse des Käufers an der Zurückweisung des rückständigen Teiles nicht anerkannt werden kann, so muß er sich die Teilleistung gefallen lassen.

§ 379. **RG.** R. **06** 257, HessRspr. **6** 105. Es ist zulässig, daß Käufer und Verkäufer sich dahin einigen, daß der Käufer die Aufbewahrungspflicht über den Zeitpunkt hinaus übernehmen soll, zu dem sie ihm gesetzlich obliegt.

§ 380. 1. Zander, HKGutachten, HoldheimsMSchr. **06** 23. Nach den im schlesischen Zwischenhandel bestehenden Gepflogenheiten ist es üblich, Ringäpfel mit dem ermittelten Bruttogewicht, abzüglich 7 Pfund Tara per

Kiste zu handeln, sofern nicht eine andere Berechnungsart ausdrücklich vereinbart ist.

2. Zander, HKGutachten, HoldheimsMSchr. 06 23. Im Handel mit Chilisalpeter wird das Nettogewicht dadurch festgestellt, daß vom Bruttogewicht 1 kg als Tara für jeden Sack abgezogen wird.

§ 381. 1. *Kronacher. Auf das in Abs. 2 behandelte Geschäft finden nicht, wie Staub annimmt, alle Vorschriften über den Kauf Anwendung, sondern es ergibt sich aus § 381 Abs. 2 HGB. i. V. mit § 651 Satz 2 BGB. und Art. 2 EGHGB., daß auf den im § 381 Abs. 2 HGB. geregelten Vertrag die im § 651 Satz 2 BGB. modifizierten Bestimmungen über den Kauf insoweit Anwenduug finden, als nicht durch die Vorschriften des II. Abschnitts des 3. Buches des HGB. ein anderes bestimmt ist. Dies geht aus der Denkschrift und aus dem Wortlaut des § 381 Abs. 2 HGB. klar hervor. — Diejenigen Rechtsgebiete des Werklieferungsvertrags, auf welchen der § 381 Abs. 2 HGB. die durch BGB. § 651 Satz 2 geschaffene Rechtslage ergänzt oder abändert sind: die Berechnung der Vergütung, der Verzug der Abnahme, die Unterlassung einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung — hier ist zu bemerken, daß Staudinger (Komm. IIb 472 I 2) fälschlich die Anwendung des § 375 HGB. nur für zweiseitige Handelsgeschäfte zulassen will, — das Vorliegen eines Fixgeschäfts und die Mängelrüge.

2. SächsRpflA. 06 152, R. 06 1206 (Dresden). Die Bestimmung des § 381 Abs. 2 ist dahin ausdehnend auszulegen, daß auf ein derartiges Geschäft nicht bloß die Vorschriften des Buches III Abschn. 2 HGB. über den Handelskauf, sondern alle Vorschriften über den Kauf überhaupt Anwendung finden.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. 1. R. 06 1271 (Frankfurt). Auf den „Trödelvertrag“ müssen auch die Rechtsnormen über die Verkaufskommission, Auftrag, auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag entsprechende Anwendung finden.

2. HansGZ. 06 Hauptbl. 57 (Hamburg). Erfüllungsort für die Vertragspflichten der Kommittenten ist der Ort, wo das Kommissionsgeschäft zur Ausführung gebracht werden soll.

§ 384. 1. Sorgfalt des Kommissionärs. **a)** BankA. 5 215, R. 06 1206 (Frankfurt). Der Kommissionär, der einen Auftrag eines Deutschen zum Ankauf von Shares, die statutengemäß nur von Engländern erworben werden können, durch Selbsteintritt ausführt, ist nicht verpflichtet, sich zuvor im Interesse des Kommittenten nach dem Vorhandensein solcher Erwerbsbeschränkungen zu erkundigen, sofern er aus den Umständen, insbesondere aus der Art und Weise der Auftragerteilung, entnehmen konnte, daß der Kunde mit den einschlägigen Verhältnissen völlig vertraut sei. **b)** **RG.** BankA. 5 201, s. o. § 347 Ziff. 1d.

2. R. 06 694 (Colmar). Wenn sich der Kommissionsauftrag durch Unausführbarkeit des aufgetragenen Verkaufs erledigt, hat der Kommittent einen Anspruch auf Herausgabe des Kommissionsgutes gegen den Kommissionär. Dieser hat die Rücksendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu bewerkstelligen. Dieser Verpflichtung des Kommissionärs entspricht die Verpflichtung des Kommittenten, von der Ankunft des Gutes in beschädigtem Zustande den Kommissionär so zeitig zu benachrichtigen, daß dieser die im § 438 Abs. 3 HGB. vorgeschriebenen, an eine Frist von einer Woche gebundenen Feststellungen zur Wahrung seines Rückgriffs gegen den Frachtführer treffen kann. Verspätete Benachrichtigung des Kommissionärs enthält einen Verstoß des Kommittenten gegen seine Vertragspflichten, für den er dem Kommissionär aufkommen muß, wenn dieser durch jenen Verstoß geschädigt worden ist.

§ 385. Vgl. JDR. **2—4** § 385.

§ 386. Zander, HKGutachten, HoldheimsMSchr. **06** 23. Werden Waren ohne Bestimmung eines Limits in Konsignation gegeben, so hat der Empfänger nur denjenigen Betrag an den Konsignierenden abzuführen, der nach Verkauf aus dem Erlös nach Abzug aller Spesen (Fracht, Versicherung, Zoll usw.) verbleibt.

§ 388. Vgl. JDR. **2** u. **4** § 388.

§ 390. Vgl. JDR. **4** § 390.

§ 391. R. **06** 694 (Colmar). Von der hier für die Einkaufskommission vorgesehenen Anwendung der §§ 377—379 HGB. auf das Verhältnis des Kommittenten zum Verkaufskommissionär kann keine Rede sein, weil die Gründe, welche dazu geführt haben, hinsichtlich der Rügepflicht gegenüber dem Einkaufskommissionär den Kommittenten einem Käufer gleichzustellen, nicht auf den Kommittenten passen, an den der Verkaufskommissionär das Kommissionsgut wegen dessen Unverkäuflichkeit abgeliefert hat.

§ 392. Vgl. JDR. **2** § 392.

§ 394. Vgl. JDR. **4** § 394.

§ 397. Vgl. JDR. **2—4** § 397.

§ 400. 1. Breit, Kommissionsgeschäft und Propergeschäft, BankA. **5** 269. Die Einkleidung eines Kommissionsgeschäfts in ein Propergeschäftsgewand, wie es die Bankiers verschiedentlich versucht haben, um den lästigen Bestimmungen über das Börsenkommissionsgeschäft zu entgehen, ändert an der Natur des Geschäfts nichts und entbindet infolgedessen auch den Bankier von keiner aller der Verpflichtungen, die ihm als Kommissionär nach dem Gesetze obliegen.

2. R. **06** 1271, BankA. **5** 215 (Frankfurt). Nach erfolgtem Selbsteintritt des Kommissionärs ist das Verhältnis der Kontrahenten in erster Linie von dem Gesichtspunkte des Kaufes zu beurteilen, wenngleich die Wirkungen des Kommissionsverhältnisses nicht ganz aufhören.

§ 401. Vgl. JDR. **3** u. **4** § 401.

§ 404. Vgl. JDR. **2** § 404.

§ 405. RG. JW. **06** 235, R. **06** 628, BankA. **5** 181. Das Wort „ausdrücklich" ist im BGB. und HGB. kein technisches. Um aber dem Erfordernisse der „Ausdrücklichkeit" im Sinne des § 405 zu genügen, muß unzweideutig durch Worte ausgedrückt werden, daß der Kommissionär vom Rechte des Selbsteintrittes Gebrauch gemacht habe. Es genügt nicht, daß er den Schlußschein selbst wie ein Verkäufer vollzieht.

4. Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. R. **06** 868 (Dresden). Es besteht kein Handelsgebrauch des Inhalts, daß der Empfänger, der das Gut vorbehaltlos vom Spediteur annimmt, sich dadurch (ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Empfänger) zum Schuldner des Spediteurs wegen der Transportkosten macht.

5. Abschnitt. Lagergeschäft.

Literatur: Beling, Der Inhaberlagerschein im Verkehr und im Konkursfall nach neuem Rechte, GoldschmidtsZ. 58 194 ff. — Schetelich, Das Lagergeschäft mit Ausschluß des Lagerscheins nach dem HGB. Leipzig 1906.

§ 416. 1. *Schetelich 23. Einlagerer und Eigentümer des Lagerguts brauchen durchaus nicht ein und dieselbe Person zu sein; es genügt schon zur Einlagerereigenschaft, wenn man tatsächlich in der Lage ist, über die einzulagernden Güter zu verfügen. So ist z. B. in allen den Fällen, wo Massengüter per Bahn oder Schiff am Bestimmungsorte ankommen und vor ihrer Übergabe an den Empfänger erst noch im Lagerhause untergebracht werden, der Absender oder Spediteur der Einlagerer.

2. *Schetelich 25, 29. Der Lagerhalter kann auch seine eigenen Sachen von dritten Personen zur Lagerung und Aufbewahrung übernehmen. Das Gesetz bestimmt dies nicht ausdrücklich, weil solche Fälle äußerst selten sind.

3. *Schetelich 32, 33. Gewerbsmäßig ist die Tätigkeit des Lagerhalters dann, wenn sie von vornherein auf den Abschluß einer Reihe von Lagergeschäften gerichtet ist. Eine gelegentliche Übernahme von Gütern zur Lagerung und Aufbewahrung fällt deshalb, auch wenn sie öfters wiederholt wird, nicht unter den Begriff des Lagergeschäfts; sie beurteilt sich vielmehr nach den Bestimmungen der §§ 688 ff. BGB. über den Verwahrungsvertrag.

4. *Schetelich 30, 31. Das Gewerbe des Lagerhalters umfaßt zweierlei: Lagerung und Aufbewahrung der Güter. Die Lagerung allein genügt nicht; es ist begrifflich auch die Obhut für das Gut notwendig (aM. Burchard, EisenbE 16 188). Wer deshalb Waren zur Lagerung übernimmt, deren Überwachung aber ablehnt, ist nicht Lagerhalter und kann auch nicht die Rechte eines solchen geltend machen. Er ist lediglich Vermieter des Lagerraums und auch nur als solcher berechtigt und verpflichtet. Man spricht in einem derartigen Falle von Lagermiete. — Ob die Überwachung der Güter eine mittelbare oder unmittelbare ist, ist gleichgültig; Lagerung ist Raumgewährung. Aus § 422 HGB. ergibt sich, daß die Lagerung längere Zeit dauern muß.

5. *Schetelich 34, 35, 36, 37. Der Lagervertrag ist — entgegen der Ansicht von Lehmann-Ring (Komm. z. HGB. II § 416) — regelmäßig, aber keineswegs notwendig entgeltlicher Verwahrungsvertrag. Die Gewinnabsicht braucht nicht unbedingt bei jedem einzelnen Lagergeschäft obzuwalten. (Vgl. Staub § 416 Anm. 4.) Vielmehr genügt es, wenn die Gesamttätigkeit des Lagerhalters auf Gewinn gerichtet ist. Der Lagervertrag ist ferner kein gegenseitiger Vertrag im Sinne von §§ 320 ff. BGB., da die Entgeltlichkeit nicht Essentiale eines jeden einzelnen Lagergeschäfts ist, außerdem sich die Vergütung tatsächlich oft nur als eine in Bausch und Bogen berechnete Entschädigung für die vom Lagerhalter gemachten Aufwendungen darstellt. Seiner rechtlichen Natur nach ist der Lagervertrag Realkontrakt.

6. *Schetelich 26. Güter im Sinne des § 416 sind nur solche bewegliche Sachen, bei denen von einer Lagerung und Aufbewahrung im technischen Sinne gesprochen werden kann. Das gilt von allen leblosen Waren, also auch Kostbarkeiten. Das Erfordernis, daß die Güter im Verhältnis zu ihrem Werte einen großen Umfang haben (Cosack, Lehrb. d. HR. (5) 514), ist zu unbestimmt.

7. *Schetelich 53. Der Einlagerer hat als mittelbarer Besitzer keinen Besitzschutz gegen den Lagerhalter. Es steht ihm gegen Übergriffe des Lagerhalters immer nur der Selbstschutz nach §§ 227, 229 BGB. und der Gerichtsschutz auf Grund des zwischen ihm und dem Lagerhalter bestehenden Rechtsverhältnisses zu.

8. *Schetelich 40. § 362 HGB. gilt auch beim Lagergeschäft.

9. *Schetelich 55. Irrtümliche Rückgabe fremden Gutes an den Einlagerer ist ein Abhandenkommen im Sinne des § 935 BGB. (AM. Burchard, EisenbE. 16 292.)

10. (Vgl. auch §§ 38, 55 Abs. 2, 70 Abs. 2 EisenbVerkO., JDR. 4 Bem. zu § 416.) Gorden, EisenbE. 22 312, führt gegen Senckpiehl (EisenbE. 22 107) aus, daß die im § 55 Abs. 2 EisenbVerkO. normierte einstweilige Verwahrung des Frachtguts nicht einen mit der Eisenbahn abgeschlossenen Lagervertrag, sondern einen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes zu beurteilenden Verwahrungsvertrag darstellt, weil es an dem Erfordernisse des

handelsrechtlichen Lagervertrags, nämlich der gewerbsmäßigen Ausübung der Verwahrung, fehle. Das gleiche gilt für die im Abs. 2 des § 70 EisenbVerkO. der Eisenbahn im Falle eines Ablieferungshindernisses zur Pflicht gemachte Einlagerung des Gutes im eigenen Lagerschuppen, ebenso für die gemäß § 38 EisenbVerkO. übernommene Aufbewahrung des Gepäcks. Die Eisenbahn hat daher für ihre Gebührenforderung — abgesehen von dem Falle des § 55 Abs. 2 EisenbVerkO., bei dem der versprochene Abschluß des Frachtvertrages ein Zurückbehaltungsrecht ausschließt —, ein Retentionsrecht am Frachtgute bzw. Reisegepäck (§ 273 BGB.), aber kein Pfandrecht. Die Ansprüche des Absenders oder des Reisenden wegen Verlustes, Minderung oder Beschädigung des Fracht- oder Gepäckstücks verjähren in 30 Jahren (§ 195 BGB.), nicht in einem Jahre; die Eisenbahn haftet für Beschädigung auf Grund des § 276 BGB., nicht gemäß § 347 HGB. Vgl. Bem. 2 zu § 437 HGB.

11. *Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn wegen Verlustes usw. 7 Anm. 6. Auch der Verwahrungsvertrag nach § 55 Abs. 2 EisenbVerkO. ist ein Formalvertrag; er kommt nur zustande durch Übergabe des einen Vermerk bestimmten Inhalts tragenden Frachtbriefes.

§ 417. 1. **RG.** JW. **06** 814, R. **07** 69. Wird gegen einen Lagerhalter wegen unsorgfältiger Aufbewahrung eines Gemäldes ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht, so hat der Kläger nur zu beweisen, daß das Gemälde zur Zeit seiner Einlagerung unbeschädigt war. Steht fest, daß die Beschädigung während der Zeit der Aufbewahrung beim Beklagten eingetreten ist, so haftet dieser für den entstandenen Schaden, sofern er nicht seinerseits dartut, daß die Beschädigung ihre Ursache in einem Umstande hat, für den er nicht verantwortlich ist.

2. BadRpr. **06** 227 (Karlsruhe). Wird durch eine unsachgemäße Aufbewahrung das Lagergut dem Verderben ausgesetzt, so haftet der Lagerhalter für den entstehenden Schaden und kann für die Zeit der unsachgemäßen Aufbewahrung kein Lagergeld verlangen. Ob der Einlagerer von der Art der Aufbewahrung Kenntnis hat oder nicht, ist gleichgültig.

3. *Schetelich 73. Der Lagerhalter darf die ihm anvertrauten Sachen nicht in eigenen oder in Gebrauch für dritte Personen nehmen. Tut er dies unbefugterweise, so ist er hierfür dem Einlagerer nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz verantwortlich.

4. *Schetelich 73, 74. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 417 bzw. § 390 HGB. identisch mit Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters. Wie weit diese zu gehen hat, ist quaestio facti.

5. *Schetelich 74. Bei der Sammellagerung wird die Verpflichtung des Lagerhalters zur Vornahme der regelmäßigen, zur Erhaltung der eingelagerten Waren notwendigen Arbeiten wegen der Eigenart dieser Lagerung immer als stillschweigend gewollt anzunehmen sein, weil hier ein selbständiges Handeln jedes einzelnen Einlagerers faktisch unmöglich ist.

§ 418. *Schetelich 92, 93. Der Lagerhalter ist verpflichtet, auch den Personen Zutritt ins Lagerhaus mitzugestatten, mit welchen der Einlagerer über den Kauf der eingelagerten Ware in Vertragsverhandlungen steht. Haben Lagerhalter und Einlagerer verschiedene Geschäftszeit, so gibt immer die des Lagerhalters den Ausschlag. — Will der Einlagerer im Lagerhause andere als die gewöhnlichen Erhaltungsmaßregeln treffen, z. B. Güter sortieren, verpacken usw., so bedarf er hierzu stets der besonderen Erlaubnis des Lagerhalters.

§ 419. I. Abs. 1. 1. *Schetelich 42. Haben die Parteien über die Art der Lagerung nichts vereinbart, so ist stets Sonderlagerung als gewollt anzunehmen.

2. *Schetelich 44, 45. Unter „ausdrücklich gestatten" ist ein solches expressis verbis, sei es mündlich, sei es schriftlich, zu verstehen. Eine in konkludenter Weise erteilte Ermächtigung zur Vermischung der Güter genügt nicht. Die ausdrückliche Erlaubnis zur Vermischung braucht nicht bei jedem einzelnen Lagergeschäfte von neuem eingeholt zu werden. Sie kann sich vielmehr bei entsprechender Vereinbarung von vornherein auf eine bestimmte Anzahl oder auf alle zwischen dem Einlagerer und Lagerhalter in Zukunft abzuschließenden Geschäfte erstrecken. — Erfolgt die ausdrückliche Gestattung nach Abschluß des Lagergeschäfts, so ist dieses bis zur Erteilung der Erlaubnis Sonderlagergeschäft und wird erst mit dieser Sammellagergeschäft.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 105, R. **06** 945. Sind mehrere Partien loses Getreide in denselben Lagerraum für mehrere Empfänger ungetrennt eingelagert worden, so hat der Lagerhalter jedem Empfänger den ihm gebührenden Anteil am Getreide auszuliefern, und zwar, wenn es zum Teil beschädigt ist, zunächst den entsprechenden Anteil vom gesunden Getreide.

II. Abs. 2. *Schetelich 56, 58, 59. a) Bei der Sammellagerung tritt das Miteigentum der einzelnen beteiligten Einlagerer erst mit der Vermischung oder Vermengung, nicht schon mit der Einlagerung ein. — Verluste oder Beschädigungen der Lagerware während der Zeit der Einlagerung treffen bei der Sammellagerung die Einlagerer gemeinsam, sofern nicht etwa der Lagerhalter nach §§ 417, 390 HGB. dafür aufzukommen hat. Hat aber ein Einlagerer seine Quote bereits zurückgefordert und erhalten, so kann er hinterher nicht noch zu Fehlbeträgen herangezogen werden, die sich trotz aller Sorgfalt des Lagerhalters nach der Auslieferung herausgestellt haben. Eine etwa eintretende Vergrößerung des Gesamtvorrats gebührt den einzelnen Einlagerern anteilmäßig, und nicht dem Lagerhalter. b) „Kann" im Abs. 2 bedeutet Recht und Pflicht des Lagerhalters zur Teilung in natura ohne Genehmigung der einzelnen beteiligten Einlagerer.

III. Abs. 3. *Schetelich 46, 47. a) Auch bei der Summenlagerung muß die Vereinbarung der Parteien, daß Eigentum auf den Lagerhalter übergehen soll, ausdrücklich erfolgen. § 419 Abs. 3 HGB. spricht dies zwar nicht direkt aus, aber indem Abs. 1 schon für eine geringere Abweichung vom normalen Lagergeschäft ausdrückliche Gestattung des Einlagerers verlangt, ergibt sich von selbst der Schluß, daß dies bei der Summenlagerung, wo durch die Warenübergabe die Eigentumsverhältnisse geändert werden, erst recht notwendig ist. b) Kaufmann kraft Lagergewerbes ist nur der Sonder- und Sammellagerhalter. Der Summenlagerhalter wird es erst kraft Eintragung ins Handelsregister, vorausgesetzt, daß die gewerbsmäßige Summenlagerung einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB.).

§ 420. *Schetelich 104, 105. Der Lagerhalter hat eine Vergütung immer nur insoweit zu beanspruchen, als er die Waren tatsächlich auf Lager gehabt hat. Mithin entfällt jeder Anspruch auf Lagergeld, wenn eine Einlagerung trotz abgeschlossenen Lagervertrags überhaupt nicht erfolgt ist. Endigt die Lagerung und Aufbewahrung vor Ablauf der für sie bedungenen Frist, so hat die Bestimmung des § 699 Abs. 2 BGB. ergänzend Anwendung zu finden.

§ 421. *Schetelich 112. Das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters ist streng konnex. Wird von mehreren auf Lager gegebenen Gütern das eine ohne Ausübung des Pfandrechts zurückgegeben, so haftet das verbliebene Gut nur für die durch seine Lagerung entstandenen Lagerkosten.

§ 422. *Schetelich 126. „Wichtige Gründe" im Sinne von § 422 Abs. 2 HGB. sind: Baufälligkeit des Lagerhauses, Aufgabe der Lokalitäten und

des Lagergewerbes durch den Lagerhalter, Vornahme wichtiger Umbauten und umfangreicher Reparaturen am Lagerspeicher, fortgesetzes vertragswidriges Verhalten des Einlagerers, dann der Umstand, daß dem Lagerhause Überschwemmung droht, der Umstand, daß sich das Lagergut für andere eingelagerte Waren gefährlich erweist usw.

§ 423. *Schetelich 132. Bei vorsätzlicher Herbeiführung des Verlustes, der Minderung des Lagergutes gilt nach §§ 194, 195 BGB. die 30jährige, nicht etwa nach § 852 BGB. die 3jährige Verjährung, da es sich nur um eine reine Vertragsverletzung handelt.

§ 424. (Vgl. auch JDR. 4 Bem. 1—3 zu § 424 HGB.) 1. Beling, GoldschmidtsZ. 58 194 ff., stimmt der Auffassung des RG. (59 374) hinsichtlich der Zulässigkeit der Inhaberlagerscheine bei und erörtert die Frage, welche Rechte sich aus dem Besitze des Inhaberlagerscheins in bezug auf das Lagergut ergeben. Als Resultat seiner Untersuchung stellt er fest, daß sich im Vergleiche zum indossabeln Orderlagerscheine materielle Nachteile nur ergeben bei der schlichten Inpfandnahme eines Inhaberlagerscheins von einem Nichtberechtigten ohne Erwerb eines Pfandrechts am Gute selbst infolge unterlassener Denuntiation seitens des Verpfänders an den Lagerhalter. Im übrigen aber könne allen Nachteilen auch ohne Sachübertragung vorgebeugt werden durch Einigung über den Eigentumserwerb am Gute bzw. Sicherungskauf oder Denuntiation behufs Pfandbestellung. Analog der Bestimmung des § 364 Abs. 2 HGB. für die indossabeln Orderpapiere können nach § 796 BGB. dem legitimierten Besitzer eines Inhaberlagerscheins auch nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden, die die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde selbst ergeben oder unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

2. *Apt, DWirtschZ. 1 690 ff. Die Bestrebungen zur Mobilisierung der Ware haben im § 424 HGB. eine einwandfreie Grundlage erhalten, allerdings mit der Beschränkung, daß ein Orderlagerschein vorliegt, der durch Indossament übertragen werden kann, und dazu gehört nach § 363 Abs. 2 HGB. eine dem Lagerhalter erteilte staatliche Ermächtigung, indossable Lagerpapiere auszugeben. Nicht geregelt sind demnach diejenigen Lagerscheine, die von einem Lagerhalter ausgegeben werden, dem eine derartige staatliche Ermächtigung fehlt, und ferner ist nur der Lagerschein an Order, nicht aber der auf den Inhaber und der auf den Namen lautende Lagerschein erwähnt. — Als Lücke erweist sich ferner das völlige Schweigen des Gesetzes über den Lagerpfandschein, den sog. Warrant. Zwar gibt der § 424 HGB. eine Handhabe, durch Verpfändung des Lagerscheins ein Pfandrecht an der durch den Schein repräsentierten Ware zu begründen, aber schon die Weiterverpfändung des Lagerscheins in zweite und dritte Hand wird durch § 1250 BGB. gehemmt. Es fehlt eine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür, daß Lagerscheine und Lagerpfandscheine gleichzeitig ihre wirtschaftliche Funktion erfüllen. Indes bietet die Unzulänglichkeit der Gesetzgebung für die geringe Entwickelung des Lagerpfandgeschäfts nicht die ausreichende Erklärung, vielmehr müssen die hier in Betracht kommenden wirtschaftlichen Fragen noch weiter geklärt werden, was durch eine Preisaufgabe der Ältesten der Kaufmannschaft geschehen wird.

6. Abschnitt. Frachtgeschäft.

Vorbemerkung (zum 6. u. 7. Abschnitt): Literatur und Rechtsprechung haben Gelegenheit gehabt, sich über verschiedene wichtige Fragen des Frachtrechts, namentlich des Eisenbahnfrachtrechts, zu äußern. So insbesondere über die Frage des Einflusses eines Streiks auf die Haftung wegen Verlustes oder verspäteter Ablieferung des Gutes (vgl. schon Vorbem. zum 6. u. 7. Abschnitt des HGB., JDR. 4 639), ferner über den Einfluß

der vor Ablauf einer Kinderrückfahrkarte erfolgten Zurücklegung des 10. Lebensjahres (vgl. Bem. a—d zu § 11 EisenbVerkO.). Besondere Erwähnung verdient eine Entsch. d. RG., in welcher die vielumstrittene Frage über die Verjährung des Frachtzuschlags Beantwortung durch den obersten Richter erfahren hat (vgl. Bem. 2 d zu § 470 HGB.). Vom gesetzgeberischen Standpunkte verdient Erwähnung, daß der diplomatische Abschluß des zweiten Zusatzübereinkommens zum BernerFrachtÜb. am 19. 9. 06 erfolgt ist (vgl. Zeitschr. f. d. Int. EisenbTr. **06** 347) und nunmehr der Genehmigung der gesetzgebenden Faktoren in den einzelnen Staaten unterliegt, und daß die Umarbeitung der EisenbVerkO. ihrer Vollendung entgegengeht. Bemerkt sei, daß auch heuer wieder, wie in den Vorjahren, die Rechtsprechung ausländischer Gerichte in ausgiebigem Maße herangezogen wurde.

Literatur: Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht. Leipzig 1905. — Ders., Abänderungsvorschläge zum 7. Abschnitt des 3. Buches des HGB., GoldschmidtsZ. **59** 73—103.

§§ 425, 426, 433, 455. (§§ 51, 53, 54, 64 EisenbVerkO., Artt. 6, 8 BernerFrachtÜb.) 1. **a)** EisenbE. **22** 126 (BezG. f. HS. Wien). Mit der Annahme des Frachtbriefs und des Gutes ist der Frachtvertrag abgeschlossen. Selbst wenn der Tagesstempel der Abfertigungsstelle nicht beigesetzt sein sollte, so ändert dies hieran nichts, weil zum Abschluß des Frachtvertrags nicht die Aufdrückung des Tagesstempels notwendig ist, sondern der Tagesstempel nur als Zeichen der Annahme zu gelten hat. Ist der Frachtvertrag aber einmal abgeschlossen, so darf die Eisenbahn nicht mehr lediglich auf Grund einer telephonischen Mitteilung des Absenders den Frachtbrief abändern, sondern es muß eine in Gemäßheit des § 64 EisenbVerkO. zu erteilende nachträgliche Anweisung erfolgen; jede andere Verfügung ist nichtig. Hat daher die Eisenbahn die telephonische Anweisung beachtet, so hat sie gegen die klare Bestimmung des § 64 aaO. gehandelt und sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, somit den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. **b)** **RG.** EisenbE. **22** 162, BayRpflZ. **05** 368. Auch gegenüber dem abgestempelten Frachtbrief ist der Beweis zulässig, daß das Gut nicht zum Transporte, sondern nur zur Aufbewahrung übernommen worden ist. Wie einerseits der Frachtvertrag auch beim Fehlen des Stempels durch Übernahme des Gutes zur Beförderung nebst Frachtbrief in rechtsgültiger Weise abgeschlossen sein kann, so ist andererseits, auch wenn die vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefs, vielleicht aus Versehen, erfolgt ist, doch noch der Gegenbeweis zulässig, daß eine Willenseinigung der Parteien über den Beförderungsvertrag gleichwohl nicht erfolgt ist. Diesen Gegenbeweis muß dann die widersprechende Partei gegenüber dem an sich voll beweisenden abgestempelten Frachtbrief übernehmen. **c)** SeuffA. **61** 109 (Marienwerder). Der Frachtbrief bestimmt nicht den Zeitpunkt der Annahme zur Beförderung, die Abstempelung ist nicht einmal Erfordernis der Annahme zur Beförderung. Es ist vielmehr Tatfrage und hängt von den jedesmaligen Umständen ab, wann das Gut als zur Beförderung angenommen gilt. Bei einer durch den Absender selbst auf einem zu seinem Speicher führenden Nebengeleise beladenen Wagen hat als Zeitpunkt der Annahme zur Beförderung und damit des Abschlusses des Frachtvertrags jener Zeitpunkt zu gelten, in welchem die Eisenbahn den vom Absender beladenen Wagen nach Annahme des Frachtbriefs in ihre Obhut nimmt, also jener Augenblick, in dem der Bahnbeamte den Wagen am Speicher des Absenders plombiert und mit Kreide zeichnet; denn von da ab nimmt die Eisenbahn den beladenen Wagen an sich und verpflichtet sich zur Beförderung.

2. Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **06** 249 (Appellhof Nimes). Die Anbringung von Erklärungen im Frachtbriefe, welche mit dem Frachtvertrage nichts zu tun haben, die z. B. nur Mitteilungen des Absenders an den Empfänger enthalten

oder ein Zugeständnis der Eisenbahn über die Beschaffenheit der übergebenen Güter enthalten, — z. B. die Güter sind von der Eisenbahn in gutem Zustand übernommen worden —, ist nicht zulässig und die Eisenbahn daher berechtigt, solche Frachtbriefe zurückzuweisen.

3. Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **06** 89. Ein unter das BernerFrachtÜb. fallender Frachtvertrag liegt, wenn die sonst in dem Art. 1 aaO. aufgestellten Bedingungen — Sendung aus dem Gebiet eines der vertragschließenden Staaten in das Gebiet eines anderen auf den in die Liste der Vertragsstrecken aufgenommenen Eisenbahnen — gegeben sind, auch dann vor, wenn zum Transport ein anderer als der im Art. 6 BernerFrachtÜb. vorgeschriebene durchgehende Frachtbrief beigegeben ist, also z. B. bei Sendungen von einer spanischen nach einer deutschen Station über Frankreich. ⋙ Die Richtigkeit dieser Ansicht ist sehr in Zweifel zu ziehen. Red. ⋘

4. ÖstVBl. f. Eisenb. u. Schiffahrt **06** 3411 (BezG. f. HS. Wien). Da nach der Zusatzbestimmung Vb zu § 51 ÖstBetrRegl. (§ 51 EisenbVerkO.) die in den einzelnen Gütertarifen aufgezählten Artikel mit den daselbst gebrauchten Benennungen zu bezeichnen sind, kann eine Tarifermäßigung nur dann beansprucht werden, wenn bei der Angabe des Inhalts der Sendung im Frachtbriefe der Wortlaut, welcher für den Artikel in der Tarifermäßigung gebraucht ist, gewählt wird. Tarifbestimmungen verlieren dadurch, daß die Eisenbahn sie im einzelnen Falle unrichtig angewendet hat, nicht ihre verbindliche Kraft.

5. Senckpiehl, EisenbE. **22** 303. Der Zweck der Vorschrift im § 53 Abs. 3 EisenbVerkO., betr. die Verwiegungspflicht, ist, eine sichere Grundlage für die Frachtberechnung zu erhalten. Die Verwiegung der Stückgüter durch die Eisenbahn hat daher nicht die Bedeutung, wie sie etwa einer amtlichen Gewichtsfeststellung durch eine öffentliche Wage zukommt, sie ist nur eine Nebenverpflichtung aus dem Frachtvertrage; die bei der Verwiegung vorgekommenen Versehen können daher auch nur nach dieser Richtung rechtliche Folgen nach sich ziehen (vgl. auch KassHof Antwerpen, EisenbE. **20** 317). Unbegründet sind daher auch alle Ansprüche eines Frachtbeteiligten auf Ersatz eines Schadens, den er dadurch erleidet, daß er im Vertrauen auf die Richtigkeit der von der Eisenbahn angegebenen Gewichtsfeststellung das falsche Gewicht in Zoll- und Steuerdeklarationen oder bei späteren Verträgen zugrunde gelegt hat. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, daß die etwa entstehende Frachtdifferenz von der Eisenbahn zurückgezahlt oder nachverlangt wird. Auf diese Ansprüche auf Rückerstattung oder Nachzahlung findet die einjährige Verjährungsfrist des § 470 Abs. 1 (§ 61 Abs. 4 EisenbVerkO.) Anwendung. Vgl. noch Bem. 2a zu § 470.

6. Abs. 3 des § 426 (§ 53 EisenbVerkO., Art. 7 BernerFrachtÜb. Vgl. auch IDR. **4** Bem. 6 zu § 426 HGB.). **a)** EisenbE. **22** 378 (ÖstObGH. Wien). Eine unrichtige Deklaration liegt auch dann vor, wenn die Bezeichnung des Gutes im Frachtbriefe nicht vorschriftsmäßig erfolgte, in den Zollbegleitpapieren aber die Sendung genau bezeichnet wurde, weil die Bahn nicht verpflichtet erscheint, die Richtigkeit der Angaben der Zollbegleitpapiere zu prüfen, für den Frachtvertrag vielmehr ausschließlich die Angaben im Frachtbriefe maßgebend sind. **b)** EisenbE. **22** 176, Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 305 (HG. Antwerpen). Der Absender kann seine Verpflichtung zur Bezahlung der Mehrfracht und des Frachtzuschlags nicht damit ablehnen, daß er guten Glauben vorschützt, indem er keine unrichtige Deklaration gemacht, sondern in Übereinstimmung mit den Konnossementen das Gut im Frachtbriefe bezeichnet habe. **c)** BayRpflZ. **06** 364 (München). Die allgemeinen Tarifvorschriften des deutschen Eisenbahngütertarifs v. 1. 4. 04 enthalten keine Bestimmung über die Tarifierung der zwangsweise von Amts wegen zu tarifierenden Güter, finden daher auf diesen

Fall nur sinngemäße Anwendung. Die Eisenbahn darf daher im Falle der Beiladung höher tarifierter Güter unter unrichtiger Deklaration die Fracht und den Frachtzuschlag nicht nach der Tarifklasse des höchst tarifierten Gutes für die ganze Wagenladung berechnen, sondern muß die billigsten Frachtsätze zugrunde legen, nach denen der Absender sein Gut ordnungsgemäß mit richtiger Deklaration hätte befördern können. ⇒ Diese Begründung erscheint sehr bedenklich. Sie verstößt direkt gegen § 7 EisenbVerkO., wonach die Transportpreise nach Maßgabe der veröffentlichten Tarife, zu denen doch die allgemeinen Tarifvorschriften gehören, zu berechnen sind und niemand dabei begünstigt werden darf. Es ist also nicht zulässig, daß die Eisenbahn, wenn sie eine unrichtige Deklaration entdeckt, bei der Frachtberechnung billigere Tarife zugrunde legt, als sie zugrunde legen müßte, wenn die Deklaration richtig wäre. Das wäre die reinste Prämie für falsche Deklarationen! Vgl. zu der Frage auch IDR. **3** Bem. 3e zu § 426 HGB. Red. ⇐ **d**) R. **06** 812, EisenbE. **22** 295 (Frankfurt a. M.). Der Empfänger haftet für den bei unrichtiger Deklaration zu erhebenden Frachtzuschlag. Dieser Zuschlag unterliegt dem Empfänger gegenüber der einjährigen Verjährung. Dagegen **e**) **RG.** JW. **07** 56, welches für den Frachtzuschlag zweijährige Verjährung annimmt; vgl. näher Bem. 2d zu § 470 HGB. **f**) Schmitt, EisenbE. **22** 195, 328, 423. Der Frachtzuschlag ist nicht eine obligatio ex lege, sondern eine reine Vertragsstrafe; er ist daher in allen Fällen erst verwirkt mit dem Abschluß des Frachtvertrags. Unkenntnis des Absenders schützt nicht vor der Bezahlung des Zuschlags; auch die Handlungen seiner Angestellten hat der Absender hierbei zu vertreten. Irrtum in der Erklärung, z. B. wenn aus Schreibversehen bei der Gewichtsangabe 1000 kg statt 10 000 kg geschrieben ist, läßt Anfechtung aus § 119 BGB. zu. Auch Verschulden ist nicht Voraussetzung für die Verpflichtung zur Zahlung des Frachtzuschlages; anders **RG.** EisenbE. **22** 74 (IDR. **4** Bem. 6b zu § 426 Abs. 3 HGB.), das den Gegenbeweis gestattet, daß den Absender kein Verschulden treffe. Dagegen ist der Anspruch auf Frachtzuschlag nicht begründet, wenn die Eisenbahn, d. h. der Annahmebeamte, die Unrichtigkeit oder Tarifwidrigkeit verschuldet oder trotz Entdeckung das Gut unbeanstandet angenommen und weiter befördert hat. ⇒ Diese Ansicht ist wohl kaum richtig. Red. ⇐ Als Verjährungsfrist gilt die regelmäßige Frist von 30 Jahren, jedoch mit dem Abmaße, daß die Forderung auf den Frachtzuschlag als Nebenforderung zu der Frachtforderung als der Hauptforderung gemäß § 224 BGB. dann in zwei Jahren verjährt ist, wenn auch die Frachtforderung nicht bezahlt und daher in zwei Jahren verjährt ist. Vgl. zu letzterem Punkte noch Bem. 2b zu § 470 HGB. **g**) Baumgarten, EisenbE. **22** 333. Nach einem Erkenntnis der K. Tafel in Budapest darf aus der Bestimmung im Art. 7 BernerFrachtÜb. (§ 53 ÖstBetrRegl., § 53 EisenbVerkO.), daß der Frachtzuschlag an die am Transporte beteiligten Bahnen zu zahlen sei, nicht gefolgert werden, daß der Frachtzuschlag nicht oder nur teilweise zu zahlen sei, wenn der Transport nur auf einer Bahn (z. B. wegen Anhaltens des Gutes) ausgeführt wurde, oder daß er nicht verwirkt sei, wenn der Transport noch nicht begonnen habe. Auch ist nach diesem Erkenntnis der Frachtzuschlag nicht nach dem Gewichte des unrichtig deklarierten Teiles der Sendung, sondern nach dem Gewichte der ganzen Sendung zu berechnen. (Dagegen: Kgl. Tafel in Budapest, EisenbE. **16** 16 u. UngKurie, EisenbE. **18** 248.)

7. Über die besitzrechtliche Seite des Frachtvertrages vgl. § 870 BGB.

§ 428. (§ 63 EisenbVerkO., Art. 14 BernerFrachtÜb.) Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **06** 98 (ÖstObGH. Wien). Wenn die Lieferfrist gewahrt ist, kann die Eisenbahn für eine schuldhafte Verzögerung in der Beförderung nicht verantwortlich gemacht werden, weil sie nur für den Totaleffekt der Leistung, nicht

aber für Verzögerungen in den einzelnen Zwischenstationen haftet und der Totaleffekt, nämlich die Einhaltung der vorgeschriebenen Lieferfrist, welche auch durch die vereinbarte Beförderung mit Schnellzügen keine Abkürzung erfährt, erreicht wurde. Vgl. auch § 466 HGB.

§ 429. *Rundnagel, Die Haftung usw. 15 Anm. 2, GoldschmidtsZ. 59 101 Anm. 16. Die Vorschrift in Abs. 1 des § 429 ist überflüssig. ➛ Das wird kaum zutreffend sein und zwar wegen der im § 429 Abs. 1 dem Frachtführer, entgegen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, überbürdeten Beweislast. Red. ⟵

§§ 431, 432. (§§ 9, 68 Abs. 3 EisenbVerkO., Art. 29 BernerFrachtÜb.) 1. EisenbE. **22** 371 (LG. Brünn). Wenn auch nach § 68 Abs. 3 ÖstBetrRgl. (§ 68 Abs. 3 EisenbVerkO.) die Rollfuhrunternehmer als Leute der Eisenbahn im Sinne des § 9 BetrRgl. (§ 431 HGB., § 9 EisenbVerkO.) gelten, so ist damit doch nur bezüglich der Haftung der Eisenbahn für die Personen, deren sie sich zur Ausführung des Transportes, bestehend in dem An- und Abfahren der Güter, bedient, eine den §§ 431, 432 HGB. entsprechende Norm gegeben, aber nicht ausgeschlossen, daß auch der Rollfuhrunternehmer neben der Bahn im Sinne des § 432 Abs. 2 HGB. in ein rechtliches Verhältnis zu dem Absender und bzw. zu dem Empfänger tritt. Es liegt vielmehr wegen der Selbständigkeit des Rollfuhrunternehmers, welcher als Frachtführer den von der Eisenbahn bis zur Empfangsstation ausgeführten Transport auf Grund der Bestimmungen des BetrRgl. (EisenbVerkO.) unter Übernahme des Gutes und des Frachtbriefs bis zur Behausung des Empfängers fortführt, der Fall des § 432 Abs. 2 HGB. vor, wonach er als Unterfrachtführer in den zwischen dem Absender und der Eisenbahn als dem Hauptfrachtführer abgeschlossenen, letztere zum Transport bis zur Behausung des Empfängers ermächtigenden Frachtvertrag eintritt und nunmehr neben der Eisenbahn nach Maßgabe des § 432 Abs. 2 HGB. unmittelbar haftet. ➛ Diese Auffassung erscheint nicht zutreffend. Der Rollführer tritt nicht selbständig in den Eisenbahnfrachtvertrag ein, sondern besorgt nur die Beförderung für die Eisenbahn in der gleichen Weise, wie dies, z. B. bei Gepäck, irgendein anderer Bediensteter der Eisenbahn auch tut. Eine Reihe von Bestimmungen der EisenbVerkO. sind auf den Rollführer gar nicht anwendbar. Red. ⟵ Vgl. auch Bem. 6a zu § 456 HGB.

2. *Rundnagel, Haftung 20. Der Frachtführer haftet nur für die während der Dienstzeit verübten Handlungen seiner Angestellten.

§ 433. *Rundnagel 24 Anm. 4 und 77 Anm. 11. Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt auch dann, wenn das Gut ohne den Frachtbrief übergeben wird.

§ 436. (§ 67 EisenbVerkO., Art. 17 BernerFrachtÜb.) *Cohn R. **06** 1429. Die aus § 436 HGB. folgende Pflicht zur Leistung Zug um Zug ist auch bei Frachtgeschäften aufrecht zu erhalten, bei denen die Ablieferung ihrer Natur nach längere Zeiträume in Anspruch nimmt, indem sie nur in bestimmten Quantitäten von Tag zu Tag erfolgen kann.

§ 437. (§ 70 EisenbVerkO., Art. 24 BernerFrachtÜb.) 1. Zeitsch. f. d. IntEisenbTr. **06** 253 (RedBem.). Die Rücksendung eines unanbringlichen Gutes muß mangels einer anderweitigen ausdrücklichen, in der Verfügung des Absenders enthaltenen Vorschrift in der gleichen Beförderungsart — Eilgut oder Frachtgut — erfolgen, wie die Hinsendung.

2. *Gorden, EisenbE. 22 312. Die Aufbewahrung des Gutes seitens der Eisenbahn im Falle des Ablieferungshindernisses ist nicht Lager-, sondern Aufbewahrungsvertrag im Sinne des BGB. § 688. Hieraus ergibt sich: a) die Eisenbahn hat ein Zurückbehaltungsrecht am Frachtgut, kein Pfandrecht. b) Die

Verjährungsfrist wegen Verlustes, Minderung oder Beschädigung des Gutes ist die 30jährige nach § 195 BGB., nicht die einjährige nach §§ 423, 414 HGB. c) Etwaiges Verschulden der Eisenbahn ist nach § 276 BGB., nicht nach § 347 HGB. zu beurteilen. Vgl. auch Bem. 10 zu § 416 HGB.

§ 438. (§ 90 EisenbVerkO., Art. 44 BernerFrachtÜb.) 1. EisenbE. **22** 371 (LG. Czernowitz). Ist anstatt des richtigen Gutes ein anderes an den Destinatär ausgefolgt worden (z. B. anstatt zwei Säcke S. 11 und 12 zwei Säcke H. 11 und 12) und hat der Destinatär die unrichtigen Säcke unter Zahlung der Fracht angenommen, so greift § 438 HGB. nicht Platz. Der Destinatär kann daher unter Rückgabe der unrichtig erhaltenen Säcke Anspruch wegen Verlustes der beiden richtigen erheben.

2. *Rundnagel 225. § 438 bezieht sich auch auf den Fall der Frankierung, nicht aber auf den der Frachtstundung. ➠ Vgl. auch Reindl, EisenbE. **19** 363 und JDR. **2** Bem. zu § 438 HGB. Red. ⟵

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 453. (§ 6 EisenbVerkO., Art. 6 Berner FrachtÜb.) 1. EisenbE. **22** 354 (AppH. Bordeaux). Vor Aufhebung der Beschlagnahme der in der Versandstation zur Beförderung aufgegebenen Gegenstände ist die Eisenbahn zur Bewirkung der Beförderung nicht verpflichtet.

2. *Cörmann, EisenbE. **22** 204. Verweigert die Bahn ohne erheblichen Grund die vertragsmäßige Zuführung oder Abholung der Wagen, so tritt die Schadensersatzpflicht nicht auf Grund des § 453 HGB., sondern nach BGB. ein. Der Beförderungszwang umfaßt die Eisenbahnen ohne Rücksicht auf Betriebskraft und Gefahrenumfang, die einzige Beschränkung gibt § 473 HGB. — Die allgemeinen Beförderungsbedingungen sind nur soweit verbindlich, als sie behördlich genehmigt und gehörig veröffentlicht sind. Wagenmangel ist von der Bahn zu vertreten, soweit er infolge regelmäßiger Wiederkehr — z. B. im Herbst zu Kohlen- und Rübentransporten — vorauszusehen war. Unerwarteten außergewöhnlichen Anforderungen braucht nicht genügt, ferner die Nachfrage nach Spezialwagen nicht ganz befriedigt zu werden.

§ 456. (§§ 75, 63 EisenbVerkO., Art. 30 BernerFrachtÜb.) 1. Beschädigung. DJZ. **06** 1034 (Oldenburg). Zur Zeit der Ablieferung war auf den mit Mehl gefüllten Säcken eine beträchtliche Menge schädlicher Käfer gesessen. Hiernach war anzunehmen, daß das transportierte Gut, auch wenn der Inhalt der Säcke von den Käfern nicht angefressen sein sollte, bei der Ablieferung in beschädigtem Zustande gewesen ist, wobei zu beachten ist, daß das den Gegenstand des Frachtvertrags bildende Gut in einer bestimmten Anzahl von mit Weizenmehl gefüllten Säcken bestand, so daß letztere auch einen Bestandteil des Gutes bildeten. Der Empfänger war nicht verpflichtet, das ihm übersandte Frachtgut, dessen Einbringung in seine Magazine Gefahren für die Proviantvorräte mit sich brachte, anzunehmen, wie es auch nicht seine Sache war, Maßnahmen zur Abwehr solcher Gefahren zu treffen.

2. Verschulden des Absenders. EisenbE. **22** 140 (ZivG. Genf) und **22** 153 (SchweizBundesG.). In der Zusammendrängung von Geflügel in Körben von ungenügender Größe, in denen die Tiere sich nicht bewegen und nicht aufrechtstehen konnten, sowie darin, daß die zur Sicherung der Ernährung der Tiere, welche zumeist zu jung waren, um sich selbst helfen zu können, erforderlichen Vorkehrungen fehlten, ist ein Verschulden des Absenders zu erblicken und ein Schaden, der aus der mit der Beförderung der Tiere verbundenen Gefahr entstanden ist.

3. Höhere Gewalt. (Vgl. auch JDR. 4 Bem. 2d—g zu § 456 HGB.) **a**) *Rundnagel 113 empfiehlt aus praktischen Gründen den Begriff der „höheren Gewalt“ festzulegen: „Höhere Gewalt ist ein Ereignis, das außerhalb des Betriebskreises des Unternehmens entsprungen ist, und dessen Eintritt und Wirkungen nicht durch Vorkehrungen, die zu dem bezweckten Erfolg in vernünftigem Verhältnis stehen, abgewendet werden können. Bei Entwendungen und Beschädigungen ist weiter Voraussetzung, daß sie auch durch eine besondere Bewachung des Gutes nicht hätten abgewendet werden können. Daß bei dieser Bewachung die Entwendung oder Beschädigung vermieden wäre, wird vermutet.“ **b**) DEisenbVerwZ. 06 121 (Tafel Budapest). Der Streik der Angestellten eines Arbeitgebers kann nicht in jedem Falle als höhere Gewalt angesehen werden, wohl aber dann, wenn er eine solche Ausdehnung und einen solchen Charakter angenommen hat, daß sich der Arbeitgeber für die von ihm auszuführende Arbeit Angestellte nicht beschaffen kann. In diesem Falle hindert ein Streik den Unternehmer an der Erfüllung seiner Verpflichtung in gleicher Weise wie etwa ein Naturereignis, ein Krieg oder eine Revolution, und ein solcher Streik fällt daher unter den Begriff der höheren Gewalt. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß ein solcher Streik den Arbeitgeber nicht entschuldigen kann, wenn der Streik infolge eigenen Verschuldens des Arbeitgebers ausgebrochen ist, weil in diesem Falle die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers eine Folge seines eigenen Verschuldens ist. Der unbezwingbare Streik der Angestellten aber, welcher nicht aus Verschulden des Arbeitgebers entstanden ist, gehört unter den Begriff der höheren Gewalt und ist diese Regel geradeso auf den Eisenbahnverkehr als auf den allgemeinen privatrechtlichen und Handelsverkehr anzuwenden. **c**) Baumgarten, EisenbE. 23 91, bespricht mehrere von den ungarischen Gerichten über die Haftung der Eisenbahn anläßlich des bekannten ungarischen Eisenbahnerstreiks erlassene Urteile, und zwar nach folgenden drei Gesichtspunkten: α. Verletzung des Beförderungszwangs; β. Streik als höhere Gewalt; γ. Anwendung von Zuschlagsfristen. Bezüglich des ersten Punktes haben die K. Tafeln in Kaschau und Budapest ausgesprochen, daß die Eisenbahn während des Streiks keine Waren zur Beförderung annehmen müsse, und zwar selbst dann, wenn der Streik nicht vis major sei, weil die Eisenbahn bei Arbeitseinstellung die Beförderung mit den regelmäßigen Transportmitteln, wozu auch die menschliche Kraft gehöre, nicht vollführen könne (§ 6 Abs. 1 Ziff. 2 EisenbVerkO.). Hinsichtlich des zweiten Punktes hat die Tafel in Budapest höhere Gewalt bei unbezwingbarem Streik angenommen (vgl. das Urteil unter b). Hinsichtlich des dritten Punktes hat die Tafel in Budapest (vgl. DEisenbVerwZ. 06 121) entschieden, daß die den Eisenbahnen infolge Streiks eingeräumten Zuschlagsfristen auch auf die bereits unterwegs befindlichen Waren und sogar in jenen Fällen anzuwenden seien, in denen die Lieferung schon vor der Konzedierung der Zuschlagsfristen beendet wurde, da die Statuierung der rückwirkenden Kraft von dem Beschlusse der Aufsichtsbehörde abhänge und das Gericht die Entscheidung der Aufsichtsbehörde bezüglich der Zweckmäßigkeit nicht überprüfen dürfe. ⇒ Die letztere Ansicht über die Zulässigkeit der Statuierung der Rückwirkung erscheint, wenigstens für das deutsche und internationale Frachtrecht, sehr zweifelhaft. Red. ⇐

4. Natürliche Beschaffenheit des Gutes. *Rundnagel 129 ff., 67 Anm. 7, GoldschmidtsZ. 59 82 ff. Die hier aufgeführten besonders empfindlichen Güter sind die gleichen wie die im § 459 Abs. 1 Ziff. 4 enthaltenen. Die Schlußworte „die natürliche Beschaffenheit des Gutes usw.“ müssen also bei einer Neuredaktion des HGB. fortfallen.

5. Mängel der Verpackung. *Rundnagel aaO. Es ist de lege ferenda kein Grund vorhanden, bei den äußerlich nicht erkennbaren Män-

geln der Eisenbahn das Vorrecht, das ihr bei den im Frachtbrief anerkannten durch § 459 Abs. 2 gegeben ist, zu versagen. Die Worte „durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung" würden also bei einer Umarbeitung des HGB. aus § 456 im § 459 Abs. 1 Ziff. 2 zu versetzen sein.

6. Dauer der Haftung. *Rundnagel 8 ff., 35 ff. a) Da der Abschluß des Eisenbahnfrachtvertrags in den Räumen der Versandstation erfolgt, finden auf das sog. Anrollen durch den bahnamtlichen Rollfuhrmann nicht die Grundsätze des Eisenbahn-, sondern die des Landfrachtrechts Anwendung. Die Eisenbahn haftet also nur bei einem Verschulden (nicht aber bis zur höheren Gewalt). Dagegen finden auf das Abrollen, da dies vor der Ablieferung liegt, die Vorschriften des Eisenbahnfrachtrechts Anwendung. (Vgl. auch Bem. 1 zu §§ 431, 432 HGB.) b) Erfolgt die Ablieferung des Gutes auf der Empfangsstation, so haftet die Eisenbahn frachtvertraglich bis zur Abfuhr aus dem Bahngebiet, jedoch nur für Verschulden, nicht für niederen Zufall. c) Die Verzögerung der Annahme durch den Empfänger oder die der Anweisungserteilung durch den Absender bewirkt keine Einschränkung der Haftung der Eisenbahn.

7. Diloo, EisenbE. **23** 79, erörtert die Bestimmungen in den Verträgen, welche die deutschen Eisenbahnverwaltungen mit den Einstellern von Privatgüterwagen abschließen, und kommt dabei zu dem Ergebnisse, daß einzelne der in diesen Bestimmungen enthaltenen Vereinbarungen über Haftungsbeschränkung und Haftungsausschließung Verstöße gegen § 471 HGB. enthalten und daher in diesem Umfang als nichtig anzusehen seien.

8. Vgl. auch noch Bem. zu § 58 EisenbVerkO.

§ 457. (Vgl. § 83 EisenbVerkO., Art. 37 BernerFrachtÜb.) *Rundnagel 183, GoldschmidtsZ. **55** 444, **59** 90. Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswert des Gutes im beschädigten Zustand am Orte der Ablieferung und zu dem Zeitpunkt, in dem der Empfänger den Verkauf bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang vornehmen konnte, und dem im Abs. 1 bezeichneten Wert, sowie der Teil der Beförderungskosten zu ersetzen, der dem Verhältnis des Unterschieds des Verkaufswertes und des gemeinen Handelswerts oder des gemeinen Wertes, den das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde, zu diesem letzteren Werte entspricht. Vgl. IDR. **3** Bem. zu § 457 HGB.

§ 458. (§§ 9, 37 EisenbVerkO.) Vgl. Bem. 2 zu § 431 HGB.

§ 459. (Vgl. § 77 EisenbVerkO., Art. 31 BernerFrachtÜb.) 1. **RG.** IW. **06** 12, R. **06** 317. Gesetzliche Voraussetzung für die Anwendung des § 459 Abs. 1 Ziff. 1 ist der Nachweis, daß das Gut nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender in offen gebautem Wagen habe befördert werden sollen. Der Gebrauch bestimmter Worte ist aber für diese Vereinbarung im Frachtbriefe nicht vorgeschrieben. Als genügende Vereinbarung im Frachtbrief ist es zu erachten, wenn im Frachtbrief als Angabe über die Art der Verpackung die Angabe „Wagen" und außerdem an dem für vorgeschriebene oder zulässige Erklärungen bestimmten Raum die Angabe „zwei Wagendecken" enthalten ist. Denn hierdurch ist auf den ersten Blick aus dem Frachtbriefe ersichtlich, daß das Gut auf einem offenen Wagen, der mit zwei Wagendecken ausgestattet ist, befördert werden soll.

2. **a**) *Rundnagel 166. Die im Schlußsatze des § 77 Abs. 1 Ziff. 1 gemachte Einschränkung bezweckt in erster Linie die Diebstahlsgefahr aus dem Kreise des § 459 Abs. 1 Ziff. 1 zu ungunsten der Eisenbahn auszuschließen. Bei der in Aussicht stehenden Umarbeitung der EisenbVerkO. empfiehlt sich daher, den unklaren Zusatz fortzulassen oder zu ersetzen durch den Zusatz: „Unter der mit . . . verbundenen Gefahr ist die des Diebstahls nicht zu verstehen".

Ebenso: **b)** *Meyer, R. **06** 791. Unter dem Verlust „ganzer Stücke“ im § 77 Abs. 1 Ziff. 1 EisenbVerkO. ist nicht zu verstehen, wenn die ganze Ladung, z. B. eine Ladung Petroleum in offenem Wagen, zugrunde gegangen ist, sondern nur der Abgang einzelner Kolli durch Diebstahl, Herunterfallen.

3. *Rundnagel 127. Es ist Sache des Absenders, nachzuweisen, daß der Frachtbrief ein „reiner“ war, nicht Sache der Eisenbahn, nachzuweisen, daß das Anerkenntnis der fehlenden oder mangelhaften Verpackung abgegeben ist. ➾ Diese Ansicht erscheint nicht richtig. Die Eisenbahn hat zu beweisen, daß der im § 459 Abs. 1 Ziff. 2 vorgesehene Haftbefreiungsgrund vorliege, mithin auch, daß der Frachtbrief das erforderliche Anerkenntnis getragen habe. Red. ⇽

4. **a)** **RG.** JW. **06** 12, R. **06** 799 Die Bestimmung des § 254 BGB. hat auch bei der durch § 459 Abs. 3 HGB. veranlaßten Prüfung zur Anwendung zu kommen. Mitwirkendes Verschulden der Absenderin ist es, wenn sie selbst die Decken auf einen offenen Wagen aufgelegt hat, ihre Leute auch die Schadhaftigkeit der Decken wahrgenommen, gleichwohl aber auf der Lieferung von Ersatzdecken der Eisenbahnverwaltung gegenüber nicht bestanden haben. **b)** *Rundnagel 65, GoldschmidtsZ. **59** 84, 89. § 459 Abs. 3 will zum Ausdruck bringen, daß eine Haftbefreiung dann nicht eintritt, wenn ein Verschulden der Eisenbahn die mitwirkende Ursache bildet, wohl aber dann, wenn ein niederer Zufall konkurriert. Die Fassung wäre daher zu ändern in: „Eine Befreiung von der Haftpflicht kann auf Grund dieser Vorschriften auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden der Eisenbahn mitgewirkt hat“.

§ 460. (Vgl. § 78 EisenbVerkO., Art. 32 BernerFrachtÜb.) EisenbE. **22** 374 (HuWechsG. Budapest). a) Da auch in unversehrten Fässern beförderte Spiritussendungen den infolge von Verdunstung eintretenden Gewichtsverlusten ausgesetzt sind, hat die Bahn für den im § 78 EisenbVerkO. vorgesehenen 2 prozentigen Gewichtsverlust nicht zu haften. b) Sobald jedoch der Gewichtsverlust bei einem Fasse Spiritus den Normalsatz von 2 pCt. übersteigt, haftet die Bahn auf Grund des § 78 Abs. 5 aaO. für den gesamten Gewichtsverlust und darf die 2 pCt. nicht in Abzug bringen, weil sich die Bahn, wenn der Verlust den als Maximum zu betrachtenden Normalsatz übersteigt, auf ihre Haftbefreiung bis zur Höhe des Normalsatzes nicht mehr berufen kann. (Vgl. dagegen: JDR. **4** Bem. 1 u. 2 zu § 460 HGB.) c) Wenn das mit Spiritus gefüllte Faß unrichtig verladen war — Stellung auf den Faßboden statt Legen auf die Bauchseite —, so hat die Eisenbahn auch den unter 2 pCt. bleibenden Gewichtsverlust zu ersetzen, weil durch die Stellung auf die Bodenseite die Lockerung der Reifen und das Sickern zwischen den Dauben gefördert wird, der Bahn also hinsichtlich der Herbeiführung des Schadens eine Unterlassung zur Last fällt. ➾ Die Entscheidung zu c ist wohl nicht schlüssig; wie die Entscheidung zu a beweist, kann der Verlust durch Verdunstung auch bei Verladung auf die Bauchseite eintreten; es fehlt daher an dem Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der falschen Verladung (Stellung auf die Bodenseite) und dem Verluste. Red. ⇽

§ 461. (Vgl. § 81 EisenbVerkO., Artt. 14 Abs. 2 u. 35 BernerFrachtÜb.) EisenbE. **22** 140, Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 312 (ZivG. Genf). Aus Artt. 14 u. 35 BernerFrachtÜb. folgt, daß im internationalen Verkehr eine Wegbedingung aller Verantwortlichkeit und jeder Entschädigung nicht gestattet ist. Eine derartige Ablehnung der Verantwortlichkeit seitens der Eisenbahn würde den Vorschriften des Art. 30 aaO. widersprechen und daher gemäß Art. 4 aaO. als nichtig zu betrachten sein. Auch kann aus den erwähnten Artikeln (14 u. 35)

eine Umkehrung der Beweislast, wenn der Absender die Anwendung eines Spezialtarifs verlangt hat, nicht abgeleitet werden.

§ 465. (Vgl. § 34 Abs. 6 EisenbVerkO.) EisenbE. **22** 369 (HuWechsG. Budapest). Es ist kein Verschulden der Eisenbahn, wenn während der Fahrt in der Nacht, während die Reisenden schlafen, das Handgepäck derselben aus dem Wagenabteil gestohlen wird, da die Bewachung des Handgepäcks Aufgabe des Reisenden und nicht des Zugpersonals ist.

§ 466. (Vgl. §§ 63, 86, 87 EisenbVerkO., Artt. 39, 40 BernerFrachtÜb.) 1. *Rundnagel 171 ff., GoldschmidtsZ. **59** 100 ff. Die Eisenbahn haftet auch im Falle der Lieferfristüberschreitung bis zur höheren Gewalt. De lege ferenda empfiehlt es sich, die Haftung an der Verschuldensgrenze enden zu lassen, den Abs. 1 des § 466 also zu streichen.

2. *Rundnagel 38. Kommt ein Gut lediglich infolge einer Beförderungsverzögerung zu Schaden, so haftet die Eisenbahn nicht, wenn die Lieferfrist gewahrt ist. Vgl. auch Bem. zu § 428 HGB.

3. *Rundnagel 196. Der Eisenbahn steht nicht nur der Nachweis offen, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist, sondern auch der Nachweis, daß ein geringerer Schaden eingetreten ist. ➻ Ebenso Reindl, DEisenbVerwZ. **02** 1123 u. JDR. **2** Bem. zu § 466 HGB. Red. ⟵

§ 467. (Vgl. § 89 EisenbVerkO., Art. 43 BernerFrachtÜb.) *Rundnagel 56, GoldschmidtsZ. **59** 112. Die Annahme des Gesetzgebers, daß in den Fällen des § 467 HGB. ein gültiger Frachtvertrag vorliege, ist teilweise, so z. B. bezüglich der von der Beförderung ausgeschlossenen Güter, unrichtig. Der Schutz des § 467 steht der Eisenbahn auch dann zur Seite, wenn ihr bei der Annahme die Beschaffenheit der Güter bekannt war. Es erscheint angezeigt, eine Änderung der Vorschrift in folgender Weise vorzunehmen: „Werden Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben, oder werden die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln von dem Absender unterlassen, so haftet die Eisenbahn nur im Falle einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812—822 BGB.). Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn der Eisenbahn die Beschaffenheit des Gutes bei der Annahme zur Beförderung bekannt war."

§ 470. (Vgl. §§ 53, 61 EisenbVerkO., Art. 12 BernerFrachtÜb.) 1. EisenbE. **22** 393 (HuWechsG. Budapest). Die Eisenbahn ist zur Nachforderung des infolge irriger Frachtberechnung zu wenig geforderten Betrags auch dann berechtigt, wenn der Empfänger das Gut unter Berücksichtigung der berechneten Frachtgebühren bereits verwertet hat und sonach die Zahlung der Differenz dem Empfänger zum Schaden gereicht.

2. **a)** Senckpiehl, EisenbE. **22** 303. Ansprüche eines Frachtbeteiligten auf Rückerstattung oder Nachzahlung der infolge unrichtiger Verwiegung des Gutes durch die Eisenbahn sich berechnenden Mehrfracht fallen nicht unter § 470 HGB. (§ 61 Abs. 4 EisenbVerkO.), da weder die Tarife unrichtig angewendet wurden, noch ein Rechnungsfehler vorgekommen ist. Man wird aber dem Willen des Gesetzgebers entsprechend den Abs. 4 des § 61 EisenbVerkO. ausdehnend auslegen und annehmen müssen, daß auch richtige Berechnung auf falscher Grundlage, also, wie hier, richtige Berechnung auf Grund falscher Verwiegung unter die angegebene Bestimmung falle. ➻ Ob eine solche ausdehnende Interpretation ohne weiteres zulässig ist, möchte sehr fraglich erscheinen. Red. ⟵ **b)** Schmitt, EisenbE. **22** 423. Die Verjährungsbestimmung im § 470 Abs. 1 HGB. (§ 61 Abs. 4 EisenbVerkO.) und auch jene des § 196 Ziff. 3 BGB. findet auf Frachtzuschläge keine Anwendung, für die letzteren gilt vielmehr an sich die 30 jährige

Verjährungsfrist. (Vgl. auch Reindl, DJZ. **03** 100 u. HirthsAnn. **03** 547.) Da aber die Frachtzuschlagsforderung als eine Forderung aus dem Frachtvertrage nur als die Nebenforderung neben der durch den Frachtvertrag begründeten Hauptforderung anzusehen ist, verjährt sie gemäß § 224 BGB. mit der Hauptforderung und zwar auch dann, wenn die Frachtzuschlagsforderung (Vertragsstrafe) bereits verwirkt ist. In der Praxis wird aber § 224 BGB. kaum zur Anwendung gelangen können, da die Fracht regelmäßig bei Ablieferung des Gutes oder bei Ablauf einer kurzen Stundungsfrist gezahlt wird und deshalb die für den Frachtzuschlag geltende eigene Verjährungsfrist weiterläuft; § 224 BGB. kann eben nur zur Geltung gelangen, wenn der Hauptanspruch verjährt ist, nicht wenn er erfüllt oder aus sonstigen Gründen, z. B. wegen Rücktritts vom Vertrage, fortgefallen ist. ➵ Diese verschiedenartige Feststellung einer Verjährungsfrist für den Frachtzuschlag wird kaum zutreffend sein. Warum gerade die Frachtforderung, die doch nur eine der aus dem Frachtvertrage entspringenden Forderungen ist, im Verhältnisse zum Frachtzuschlage die Hauptforderung sein soll, ist nicht ersichtlich. Red. ⇠ **c**) EisenbE. **22** 295, R. **06** 812 (Frankfurt a. M.). Dem Empfänger der Sendung gegenüber unterliegt der Anspruch auf den wegen unrichtiger Deklaration zu erhebenden Frachtzuschlag der einjährigen Verjährung des § 470 HGB. (§ 61 Abs. 4 EisenbVerkO.; vgl. Bem. 6 d—f zu § 426 HGB.). Dagegen: **d**) **RG.** JW. **07** 56. Die Frachtzuschläge nach § 53 Abs. 7—12 EisenbVerkO. haben den Charakter einer Konventionalstrafe. (Vgl. JDR. **3** Bem. 3 c zu § 426 HGB. u. JDR. **4** Bem. 6 b zu § 426 HGB.). Mit Unrecht wird aber hier vom OLG. die Folgerung gezogen, daß der Frachtzuschlag überhaupt keine Fracht und daß er auch kein Akzessorium der Hauptverbindlichkeit aus dem Frachtvertrage sei und deshalb nach § 195 BGB. den allgemeinen Verjährungsvorschriften unterliege. (So auch Reindl, DJZ. **03** 100 u. HirthsAnn. **03** 547.) Denn der Frachtzuschlag hört dadurch nicht auf, Fracht zu sein, daß er als Konventionalstrafe gefordert wird, so wenig das Porto aufhört, Porto zu sein, weil es als Strafporto geschuldet wird. Daß der Frachtzuschlag mit der Frachtforderung verjähre, ist nicht notwendig; es sind Fälle denkbar, in welchen ein Anspruch auf Frachtzuschlag, aber kein Anspruch auf Fracht entsteht. (Vgl. Reindl, DJZ **03** 100.) Aber sicher ist, daß er als Fracht verjährt. Dafür spricht nicht nur die seinem Wesen entsprechende Bezeichnung als Frachtzuschlag, sondern auch eine ungezwungene Auslegung des Wortlauts des § 196 Nr. 3 BGB. und der Zweck der kurzen Verjährungsfristen überhaupt. Zwar trifft nicht die Verjährungsfrist des § 470 Abs. 1 HGB. zu, weil nicht ein Fehler bei der Tarifierung also nicht die Tarifierung mit einem Satze, welcher auf die seine Unterlage bildenden Beförderungsanlagen nicht paßt, oder ein Rechnungsfehler bei Berechnung des an sich richtig angewendeten Tarifsatzes der Grund des erhobenen Anspruchs ist, sondern die vorsätzliche oder fahrlässige Deklarierung. Aber die Verjährungsbestimmung des § 196 Nr. 3 BGB. trifft zu. (Vgl. zu der Frage der Verjährung nach JDR. **2** Bem. 3 zu § 426 HGB.) ➵ Diese Entsch. des RG. erscheint nicht zutreffend. Wenn der Frachtzuschlag eine Konventionalstrafe ist, so ist er eben keine „Fracht" und er wird dies auch nicht dadurch, daß er in einem Vielfachen der Fracht besteht. Bei gewissen Gütern beträgt er auch nicht ein Vielfaches der Fracht, sondern 12 M. für das Kilogramm. Soll in dem letzteren Falle der Frachtzuschlag auch nicht „dadurch aufhören, „„Fracht"" zu sein, weil er als Konventionalstrafe gefordert wird"? Warum der Frachtzuschlag eine andere Natur haben soll hinsichtlich seiner Verjährung, als hinsichtlich seiner sonstigen rechtlichen Eigenschaften, ist nicht erfindlich. Solange für die Verjährung des Frachtzuschlags keine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist — und das letztere ist in dem neuen Berner Zusatzüber-

einkommen zum BernerFrachtÜb. sowie in der neuen EisenbVerkO. beabsichtigt, indem die einjährige Verjährungsfrist des § 470 Abs. 1 HGB. festgesetzt werden soll —, wird man sich eben mit der 30jährigen Verjährungsfrist bescheiden müssen. Red. ←

§ 471. *Rundnagel 17 Anm. 7. § 471 bezieht sich nicht auf das Anrollen durch den bahnamtlichen Rollfuhrunternehmer.

§ 472. Müller, R. **06** 1316. Die EisenbVerkO. regelt die Personenbeförderung nicht erschöpfend; es ist daher nötig, auf die allgemeinen Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB.) zurückzugehen. Als versprochenes Werk muß bei der Personenbeförderung auf der Eisenbahn heute nicht nur die Hinschaffung nach der Endstation, sondern eine Hinschaffung unter denjenigen Begleitumständen und mit derjenigen Bequemlichkeit und Sicherheit gelten, die man bei der Notwendigkeit zur Benutzung der Eisenbahnen und bei der fortgeschrittenen Technik zu erwarten befugt ist. Hierzu gehört in erster Linie die Heizung der Züge für längere Strecken. Auch außerhalb der Zeit vom 15. 9. und 15. 5. wird die Bahnverwaltung von einer Heizung der Personenzüge nicht absehen dürfen, wenn eine kalte Witterung von längerer Dauer ist; dagegen kann eine Verpflichtung zur Heizung dann nicht anerkannt werden, wenn die kühle Witterung plötzlich eintritt und nur vorübergehend ist.

Eisenbahnverkehrsordnung im einzelnen.

§ 11. a) Eger, DJZ. **06** 644. Für ein Kind unter 10 Jahren, für welches eine Eisenbahnrückfahrkarte zum halben Preise gelöst worden ist, muß für die Rückfahrt eine Nachzahlung geleistet werden, wenn das Kind inzwischen das zehnte Jahr vollendet hat. — Der nachzufordernde Betrag besteht in der Differenz zwischen dem Preise der Kinderrückfahrkarte und der Summe der Preise für eine einfache Kinderfahrkarte und eine einfache Personenfahrkarte. Das gleiche hat zu gelten, wenn eine Arbeiterfahrkarte zu ermäßigtem Preise für einen bestimmten Zeitraum ausgegeben wird und die betreffende Person inzwischen aufgehört hat, Arbeiter zu sein. **b)** Kohn, DJZ. **06** 876. Für ein Kind unter 10 Jahren, für welches eine Eisenbahnrückfahrkarte zum halben Preise gelöst worden ist, muß für die Rückfahrt eine Nachzahlung geleistet werden, wenn das Kind inzwischen das 10. Lebensjahr vollendet hat. — Die Eisenbahn kann in einem solchen Falle eine Nachzahlung in Höhe der Hälfte des Preises einer Kinderrückfahrkarte verlangen. Dagegen: **c)** Hagena, EisenbE. **23** 94. Ein Kind, für welches vor vollendetem zehnten Lebensjahre eine Eisenbahnrückfahrkarte zum halben Preise gelöst worden ist, darf die Rückfahrt ohne weitere Nachzahlung bewerkstelligen, auch wenn es inzwischen das zehnte Lebensjahr erreicht hat, da derjenige, welcher eine Fahrkarte löst, hierdurch das vertragliche Recht erwirbt, die auf der Karte bezeichneten Fahrten innerhalb der vorgesehenen Fristen auszuführen und dieser Anspruch durch den dazwischen erfolgten Eintritt eines höheren Lebensalters nicht beeinflußt werden kann. Ebenso **d)** *Gorden, EisenbE. **23** 98. Im Falle der Ausgabe von Kinderrückfahrkarten kann, wenn das Kind bei Antritt der Rückfahrt das zehnte Lebensjahr erreicht hat, ein Zuschlag von der Eisenbahn nicht verlangt werden. Denn es handelt sich bei der Lösung einer Rückfahrkarte um einen einheitlichen Vertrag, und es kommt nur darauf an, daß das reisende Kind bei Antritt der Fahrt das zehnte Lebensjahr noch nicht erreicht hat. — Ebenso liegt die Sache bei Beförderung eines noch nicht 4 Jahre alten Kindes. Geht es durch seinen Begleiter einen Hin- und Rückbeförderungsvertrag ein, so wird hierdurch ein einheitlicher Transportvertrag abgeschlossen, der den Anspruch auf freie Rückfahrt des inzwischen älter

gewordenen Kindes begründet, es sei denn, daß für das Kind ein besonderer Platz im Wagenabteil beansprucht wird.

§ 28. RG. JW. **06** 607. Ein Gegenstand ist erst dann als „verloren" anzusehen, wenn der Ort seiner Zurücklassung unbekannt und die Möglichkeit seiner Wiedererlangung, abgesehen von einem Zufall, abgeschnitten ist. Wer ein Paket in dem von ihm zur Fahrt benutzten Eisenbahnwagen beim Verlassen des Zuges aus Vergeßlichkeit liegen läßt, dies aber unmittelbar, nachdem sich der Zug nach kaum 1 Minute Aufenthalt wieder in Bewegung gesetzt hat, bemerkt und zwecks Wiedererlangung des Pakets alsbald ein bahnamtliches Telegramm nachsenden läßt, hat den Gewahrsam nicht verloren.

§ 31. *Fuld, EisenbE. **22** 412. Die Bestimmung im § 31 Abs. 2 EisenbVerkO. ist ungültig. Der Aufgeber eines mit älteren Beförderungszeichen versehenen Gepäckstücks kann für die Verschleppung bzw. den Verlust im Hinblick auf die Nichtbeseitigung der älteren Beförderungszeichen nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn ihn ein Verschulden trifft, und zwar im Verhältnis zur Eisenbahn ein überwiegendes Verschulden. (Vgl. Reindl, DEisenbVerw. Z. **03** 593 und JDR. **2** Bem. 2 zu § 31 EisenbVerkO.)

§ 55. Vgl. hierzu Bem. 10 und 11 zu § 416 HGB.

§ 58. *Rundnagel 124 Anm. 9. Die Vorschrift im § 58 Abs. 3 Satz 2 bezieht sich nicht auf die Haftung der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung.

§ 63. Hinsichtlich der Zulässigkeit der rückwirkenden Kraft von Zuschlagsfristen auf bereits unterwegs befindliche Güter vgl. DEisenbVerwZ. **06** 121 (Tafel Budapest) und Bem. 3c zu § 456 HGB.

§ 68. 1. Abs. 1. *Rundnagel 26 Anm. 4. Die Ablieferung durch den bahnamtlichen Rollfuhrunternehmer hat nicht an, sondern in der Behausung des Empfängers zu erfolgen. ➠ Senckpiehl, SpeduSchiffZ. **05** 588, versucht diese Ansicht durch den Hinweis zu widerlegen, daß der vom Empfänger ein für allemal mit der Abholung der mit der Bahn ankommenden Güter beauftragte Fuhrunternehmer, der sog. Vollmachtspediteur, nach konstantem Handelsgebrauch nur zur Abladung des Gutes vor dem Hause, nicht zum Verbringen in dies verpflichtet sei. Er meint, was von dem Vollmachtspediteur gelte, müsse ohne weiteres auch für den bahnamtl. Rollfuhrmann maßgebend sein. Das ist irrig. Der Auftraggeber des ersteren ist der Kaufmann, der — von verschwindenden Ausnahmen abgesehen — stets Hilfspersonal zur Hand hat, um das Gut von der Straße in das Haus zu schaffen. Der bahnamtl. Rollfuhrunternehmer bedient aber in der überwiegenden Hauptsache das übrige Publikum, das in den seltensten Fällen über Personal verfügt, das das Hereinschaffen übernehmen könnte. — Zur Begründung seiner Ausicht beruft sich S. auf die Bestimmung des bei der preuß. Staatsbahn dem Verkehr zwischen dieser und dem Rollfuhrunternehmer zugrunde gelegten Rollfuhrtarifs, nach dem dem Rollfuhrmann zustehen: „Für das Abtragen der Stückgüter in höhere Etagen bzw. Keller 2c., wozu der Rollfuhrmann bei Sendungen bis zu 50 kg einschließlich pro Frachtbrief, sofern der Umfang der Sendung die Beförderung durch einen Mann zuläßt, auf Verlangen der Adressaten verpflichtet ist, 10 Pf." — Es ist mir unverständlich, wie S. die Ansicht vertreten kann, daß dieser Satz „ganz deutlich sage", daß nur ausnahmsweise der Transport ins Haus zu erfolgen brauche. Wie die Worte: „Abtragen in höhere Etagen" mehr wie deutlich ergeben, geht die Bestimmung davon aus, daß die Beförderung in ein gewisses Stockwerk (in diesem ist es das zu ebener Erde gelegene) und somit das Verbringen in das Haus ohne weiteres zu erfolgen hat. — Abgesehen davon ist in dem § 1 Abs. 3 des Vertragsmusters — wie in meinem Buche übrigens erwähnt — aus-

drücklich bestimmt, daß der Rollfuhrmann das Gut in die Behausung zu bringen hat. Rundnagel. ←

2. Abs. 4. *Rundnagel 29. Für die Weiterbeförderung liegen der Eisenbahn die Pflichten eines Spediteurs nicht ob. (Gegen Eger und Waninger.) Der Unterschied von den im § 76 Abs. 1 behandelten Fällen liegt darin, daß in diesen im Frachtbrief als für den Eisenbahnverkehr maßgebender Ablieferungsort nicht die letzte Eisenbahnstation, sondern eine seitwärts der Bahn gelegene Ortschaft angegeben ist, während in den Fällen des § 68 Abs. 4 der Frachtbrief als Ablieferungsort die letzte Eisenbahnstation enthält.

§ 71. Abs. 1. *Rundnagel 258 Anm. 1. Unter „Beteiligte" sind lediglich der Absender und der Empfänger zu verstehen und zwar ohne Rücksicht darauf, wer von beiden reklamationsberechtigt ist.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre ist die seerechtliche Literatur um zwei bedeutende Werke bereichert worden. Zunächst liegt nunmehr der schon in früheren Berichten erwähnte Kommentar von Schaps, der sich als eine Ergänzung von Staubs Kommentar zu den drei ersten Büchern des HGB. darstellt, vollendet vor — freilich unter Ausscheidung des Seeversicherungsrechts, dessen Bearbeitung der Verfasser anderen Händen überlassen will. Sodann ist nach langer Pause nunmehr endlich eine Fortsetzung zu der Bearbeitung des Seerechts in dem von Binding herausgegebenen Systematischen Handbuche der deutschen Rechtswissenschaft erschienen. Der erste, vor 22 Jahren erschienene, von Wagner bearbeitete Band hatte außer einer historischen und dogmatischen Einleitung nur die Lehre von den Personen des Seerechts gebracht. Dem gelehrten Verfasser ist jetzt in der Person Pappenheims ein ausgezeichneter Fortsetzer und hoffentlich Vollender erstanden. Der vorliegende 2. Band bringt die Lehre von den Sachen des Seerechts (Schiff und Ladung) und beginnt die Lehre von den Schuldverhältnissen des Seerechts mit der Darstellung der Dienst- und Heuerverträge der Schiffsbesatzung. Beachtenswert ist vor allem die gründliche Erörterung, die der Verf. der vielumstrittenen Natur des Schiffsgläubigerrechts angedeihen läßt (vgl. IDR. 2 § 486 HGB. und u. zu § 754). Durch die klar durchgeführte Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung hat der Verf. diese wichtige Lehre wesentlich gefördert.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 479. **a**) Pappenheim, Handb. 58. Wenn die Reparatur des Schiffes an dem Orte, wo es sich befindet, nicht bewerkstelligt werden kann, seine Verbringung in einen Hafen, wo sie ausführbar wäre, aber nur unter Aufbringung unverhältnismäßiger Kosten möglich ist, so läßt sich dieser Fall zwar nicht als ein Fall der Reparaturunfähigkeit nach Ziff. 1 betrachten, wohl aber als ein Fall, der mit dem Falle der Reparaturunwürdigkeit nach Ziff. 2 wesensgleich ist. **b**) Suckau, HansGZ. **06** Hauptbl. 120. Bei Nr. 2 sind unter den „Kosten der Reparatur" etwaige Bergungskosten nicht mit einzurechnen.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 507. Pappenheim, Handb. 284. Die Vorschrift des Abs. 1 bezieht sich auch auf die beschränkte persönliche Haftung, die in den Fällen der §§ 771 Abs. 4, 772, 774 Abs. 1 und 775 Abs. 3 Platz greift. Sie tritt mit der im Abs. 1 bezeichneten Wirkung ein, wenn ein Vertreter der Reederei, insbesondere also der Korrespondentreeder, die Fracht rc. eingezogen oder in Kenntnis von der Schiffsgläubigerforderung das Schiff auf eine neue Reise ausgesandt hat.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§§ 511 ff. Perels, GoldschmidtsZ. **57** 336—420, **58** 1—118. Ausführliche Erörterung über die Stellung des Schiffskapitäns im deutschen Seehandelsrechte.

§ 526. Wittich, GoldschmidtsZ. **57** 161. Abs. 2 muß über seinen Wortlaut hinaus dahin verstanden werden, daß der Schiffer kraft seiner Anstellung zur Vornahme der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen befugt ist, die die Herbeiführung der gehörigen Bemannung des Schiffes (§ 513), also die Annahme einer endgültig ausreichenden und tauglichen Schiffsmannschaft mit sich bringt. Auch im Heimatshafen ist er daher gegebenenfalls selbständig berechtigt, angenommene Schiffsleute wieder zu entlassen. Diese Auffassung wird durch §§ 70, 72 SeemO. bestätigt. — Ebenso Pappenheim, Handb. 558 und Perels, GoldschmidtsZ. **58** 5.

§ 527. SeuffA. **61** 206 (Hamburg). Die gesetzliche Vollmacht berechtigt den Schiffer zur Vertretung des Reeders oder des Ausrüsters (§ 510), nicht aber auch zur Vertretung des Zeitcharterers, auch dann nicht, wenn er durch die Charterparty angewiesen war, den Weisungen des Zeitcharterers Folge zu leisten.

§ 543. Pappenheim, Handb. 484. Der Paragraph wiederholt nur für einen enger abgegrenzten Tatbestand, was sich aus §§ 675, 667 BGB. ohnehin ergibt. Er ist daher auch auf die Leistungen anderer Personen als der Ladungsbeteiligten zu erstrecken, z. B. der Passagiere, der Lieferanten, der Schiffsmakler, der Berger u. a., soweit es sich um Leistungen handelt, die Entgelt oder Belohnung für eine dem Schiffer als solchem obliegende, dienstliche Tätigkeit sein sollen. — Ebenso Perels, GoldschmidtsZ. **58** 32. — AM. Schaps zu § 543, der in dieser Vorschrift eine Einschränkung des § 667 BGB. erblickt.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 592. **RG.** SeuffA. **61** 207. Die Ladebereitschaft ist nicht erst dann vorhanden, wenn das Schiff am Bestimmungsorte den ortsgebräuchlichen oder ihm angewiesenen Abladeplatz eingenommen hat, sofern es sich nur imstande befindet, sich auf Anweisung unverzüglich dahin zu begeben.

§ 593. HansGZ. **06** Hauptbl. 78 (Hamburg). Wenn die Fracht nach ausgeliefertem Gewichte zu bezahlen ist, treffen die Kosten der Wägung mangels besonderer Abreden oder Handelsgebräuche den Verfrachter.

§ 594. HansGZ. **06** Hauptbl. 126 (Hamburg). Die Konnossementsklausel: the cargo to be received as fast as steamer can deliver immediately on arrival — entbindet den Schiffer von der Verpflichtung, dem Empfänger seine Löschbereitschaft anzuzeigen. Es ist in diesem Falle Sache des Empfängers, sich nach der Ankunft des Schiffes zu erkundigen und sie zu überwachen, widrigenfalls er zu gewärtigen hat, daß die Güter auf seine Kosten und Gefahr hinterlegt werden.

§ 617. HansGZ. **06** Hauptbl. 67 (Hamburg). Im Verkehr werden häufig Frachtvorschüsse in dem Sinne gegeben, daß die Rückzahlungspflicht ausgeschlossen sein soll. In welchem Sinne die Zahlung erfolgt ist, ist Sache der Auslegung. Auf endgültige Zahlung wird mit Recht geschlossen, wenn der Befrachter den Vorschuß gegen Seegefahr versichert hat, so daß er ihm vom Versicherer zu ersetzen ist, wenn die Ladung infolge eines Seeunfalls nicht den Bestimmungshafen errreicht und sich der Vorschuß somit als umsonst gezahlt herausstellt. Der Schluß ist zwingend, weil ein Interesse des Befrachters an der Versicherung des Frachtvorschusses nicht vorliegen würde, wenn ihm der Reeder wegen Nichteintritts der Voraussetzung der Zahlung zur Rückgewähr verpflichtet wäre.

§ 652. HansGZ. **06** Hauptbl. 139 (Hamburg). Zur „Bezeichnung" der Güter im Sinne dieser Gesetzesstelle gehört die Angabe ihrer Art, Gattung und Beschaffenheit, die bestimmt ist, die Güter zu individualisieren. Das formularmäßige Bekenntnis im Eingange des Konnossements, daß der Schiffer die Güter „gut und wohlbeschaffen empfangen" habe (received in good ordre and condition), enthält nur die Angabe, daß die Güter äußerlich in Ordnung gewesen seien und keine sichtbaren Mängel gezeigt hätten, sie enthält aber keine Angabe, die bestimmt oder auch nur geeignet wäre, das einzelne Gut zu „bezeichnen". Waren äußerliche Mängel doch vorhanden, so kann demnach nicht eine Haftung aus § 652, sondern nur eine solche aus § 658 in Frage kommen. Dies ist von Bedeutung, weil im Falle des § 652 für die Bezeichnung des Gutes schlechthin gehaftet wird, während nach § 658 der Schiffer frei ist, wenn er beweist, daß der Mangel bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers nicht erkennbar war.

§ 658. HansGZ. **06** Hauptbl. 112 (Hamburg). Der Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, daß die gesetzlich dem Schiffer obliegende Verpflichtung zur Vertretung des Konnossements (§ 652) nur insoweit ausgeschlossen werden kann, als die Unrichtigkeit der Konnossementsangaben nicht auf der Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers beruht. Auch die Klausel: not answerable for insufficient packages befreit daher den Schiffer nicht, falls die schlechte Beschaffenheit der Verpackung bei der Abladung erkennbar war, der Schiffer aber gleichwohl unterlassen hat, den Mangel im Konnossement zu vermerken.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

§ 702. **RG. 62** 420. Nach Abs. 1 soll die Anwendung der Vorschriften über die große Haverei dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß die Gefahr infolge des Verschuldens eines Dritten oder auch eines Beteiligten herbeigeführt ist. Abs. 2 aber setzt zwei Rechtsnachteile gegen den Beteiligten fest, dem ein solches Verschulden zur Last fällt. Erstens soll dieser Beteiligte wegen des ihm entstandenen Schadens keine Vergütung fordern können, und zweitens soll er den Beitragspflichtigen für den Verlust verantwortlich sein, den sie dadurch erleiden, daß der Schaden als große Haverei zur Verteilung kommt. Auf dem Boden des ersten Satzes ist kein Raum für die Anwendung der Regel des § 254 BGB. Das Gesetz spricht dem Beteiligten, der die gemeinsame Gefahr schuldhaft herbeigeführt hat, den Anspruch auf die Vergütung nach dem eigentümlich ausgestalteten Verteilungsgrundsatze der großen Haverei unbedingt ab. Die Vorteile des Verteilungsrechts sollen nur einem Beteiligten zugute kommen, der an der gemeinsamen Gefahr schuldlos ist. Der Gedanke, daß diese Vorteile deswegen zu seinen Gunsten ganz oder teilweise wieder aufleben sollten, weil auch einen anderen Beteiligten eine Schuld an der Herbeiführung der Gefahr trifft, liegt dem Gesetze völlig fern. Er kann auch aus § 254 BGB. nicht entnommen werden, denn der Inhalt dieser Gesetzesstelle geht nicht dahin, daß jedes Verschulden, woraus Rechtsfolgen für einen anderen abgeleitet werden, durch ein mitwirkendes Verschulden des anderen entkräftet oder gemindert werde.

§ 710. SeuffA. **61** 90 (Hamburg). Die Ausbesserungskosten umfassen nicht nur die zur Ausbesserung selbst erforderten Löhne und Materialien, sondern auch die zur Vorbereitung der Ausbesserung erforderlichen Nebenkosten, z. B. Schlepplöhne zur Werft, Aufziehen auf den Helling, Dockkosten. Auch von diesen Kosten ist daher gegebenenfalls der Abzug wegen des Unterschieds zwischen alt und neu zu machen. (Anders nach York u. Antw., Rul. XIII.)

§ 735. **RG. 61** 310. Die Begrenzung der Schadensersatzpflicht für den Fall beiderseitigen Verschuldens (Abs. 2) gilt nicht für das Verhältnis der Reeder

zu den beschädigten Ladungsbeteiligten, im Verhältnis der Reeder zueinander aber gilt sie in vollem Umfange. Fall eines Zusammenstoßes zwischen zwei Dampfern, bei dem nur auf einer Seite Schiff und Ladung beschädigt wurden, beide Schiffe aber ein gleichwiegendes Verschulden traf. Der unbeschädigte Dampfer hatte die Hälfte des Schadens des anderen Schiffes zu tragen und war verurteilt, den Ladungsbeteiligten dieses Schiffes ihren Schaden zum vollen zu ersetzen. Wegen dieses letzteren Ersatzes konnte er sich zu 50 pCt. bei dem Reeder des beschädigten Schiffes erholen. Dieser wurde mit dem Einwande nicht gehört, daß er sich von der Haftung für durch Schuld der Besatzung entstandene Kollisionsschäden freigezeichnet habe.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754. Pappenheim, Handb. 306 ff. Bei dem Schiffsgläubigerrechte handelt es sich in vollem Einklange mit der Ausdrucksweise des Gesetzes (§§ 755, 756, 759) um ein gesetzliches Pfandrecht am Schiffsvermögen. Es ist unrichtig, daß die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auf der Seite der Schuld als Realobligation an das Schiffsvermögen geknüpft wäre. Mit dem Wechsel in der Person des Herrn des Schiffsvermögens — Veräußerung des Schiffes, Abtretung der Frachtforderung — ist kein Wechsel in der Person des Schuldners der Schiffsgläubigerforderung verbunden. Hierfür macht es keinen Unterschied, ob für die Schuld, wie regelmäßig, nur die Sachhaftung des Schiffsvermögens oder die von vornherein neben ihr entstandene oder nachträglich zu ihr hierzu oder an ihre Stelle getretene persönliche, d. h. das gesamte Vermögen des Schuldners umfassende, Haftung besteht. Insbesondere tritt durch die Veräußerung des Schiffes dessen Erwerber weder im Falle der reinen Sachhaftung als Schuldner an die Stelle, noch im Falle der mit der persönlichen verbundenen Sachhaftung als Schuldner an die Seite des Veräußerers. In beiden Fällen wird der Erwerber nur Eigentümer der für die Schuld haftenden Sache und richten sich daher gegen ihn die auf Verwirklichung der Haftung gehenden Schritte des Gläubigers. Der Veräußerer bleibt Schuldner, wenn er auch von der Haftung frei geworden ist und mit der Leistungsklage nicht mehr überzogen werden kann. Daher erlischt das Pfandrecht, falls der Veräußerer die Schuld als seine eigene zahlt, und er kann, was er als seine Schuld gezahlt hat, nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern, weil er durch die Veräußerung aufgehört habe, Schuldner zu sein.

§ 761. Pappenheim, Handb. 235 ff. Die Schiffsgläubigerklage kann nur gegen den Reeder (bzw. Ausrüster) oder gegen den Schiffer gerichtet werden. Im letzteren Falle ist der Schiffer materiell-rechtlich gesetzlicher Vertreter des Reeders, prozessual aber selbst Partei. Gegen einen dritten Besitzer des Schiffes kann die Schiffsgläubigerklage nicht gerichtet werden. § 755 Abs. 2 will nicht die Passivlegitimation für diese Klage regeln, sondern nur zugunsten des gesetzlichen Pfandrechts der Schiffsgläubiger eine Ausnahme von der Vorschrift des § 936 BGB. eintreten lassen. Klagantrag und Urteil müssen auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Schiff und Fracht für Kapital, Zinsen und Kosten gerichtet sein.

§ 764. HansGZ. 06 Hauptbl. 32 (Hamburg). Die Bestimmung regelt die Fälle des Erlöschens der Schiffsgläubigerrechte nicht erschöpfend, beschränkt sich vielmehr auf die nach deutschem Rechte zu beurteilenden Erlöschungsgründe privatrechtlicher Natur. Ein Erlöschen findet insbesondere in folgenden vom Gesetze nicht erwähnten Fällen statt: a) im Auslande erfolgte Zwangsversteigerung des Schiffes; b) Verurteilung des Schiffes als gute Prise; c) öffentlicher Verkauf des Schiffes durch die Behörde gemäß § 25 StrandO.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§ 824. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 309. Als Leichterfahrzeug im Sinne der Vorschrift ist jedes Schiff anzusehen, das die Beförderung des versicherten Gutes vom Lande nach dem zur Ausführung des Seetransportes bestimmten Schiffe besorgt. Für das Versicherungsverhältnis ist es daher unerheblich, ob der Seeverfrachter oder jemand anders, z. B. die Eisenbahn, Unternehmer des Leichtertransportes ist und ob das Gut mit der Einladung in den Leichter zugleich dem Seeverfrachter überliefert wird.

§ 850. Sieveking, ZVersWiss. **6** 592. Eingehende Ausführungen über die Bedeutung und Tragweite der Versicherung „auf die behaltene Ankunft" und der gewöhnlich mit ihr verbundenen Klauseln nach dem HGB. und nach den Allgem. Seeversf.Bed., nebst Bekämpfung der von **RG. 47** 173 angenommenen Grundsätze.

§ 873. Suckau, HansGZ. **06** Hauptbl. 120. Die Policenklausel: „Der versicherte Betrag soll als Totalschaden bezahlt werden, falls der Dampfer nach den Bestimmungen des HGB. wegen Seeschadens kondemniert wird" — will nicht besagen, daß die von der zuständigen inländischen Behörde nach § 530 ausgesprochene Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit als solche maßgebende Bedeutung habe, vielmehr muß dem Versicherten der Nachweis offen bleiben, daß die von der Behörde nach § 530 ausgesprochene Kondemnation den Bestimmungen des HGB., insbes. dem § 479, nicht entspricht. (Gegen **RG. 60** 186.)

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

Zu Artt. 1 ff. **RG. 63** 245 ff., DJZ. **06** 762. Das PrEGAHGB. ist durch das PrAGHGB. Art. 8 Abs. 1 Nr. 1 aufgehoben worden, unbeschadet der Übergangsvorschriften anderer Gesetze.

Art. 4. **RG. 63** 245 ff., DJZ. **06** 762. Das Handelsregister neueren Rechtes ist überhaupt nicht bestimmt und geeignet, Vermerke über ehegüterrechtliche Verhältnisse von Kaufleuten aufzunehmen. Die Handelsregister älteren Rechtes werden nur für die Firmen, welche vor dem 1. 1. 00 eingetragen sind, bis auf weiteres fortgeführt.

Art. 8. **RG. 63** 370, JW. **06** 480, BankA. **5** 252 [das. OLG. **4** 158 (Darmstadt)]. Auch die Wechselverjährung wird durch Stundung gehemmt. Die entgegenstehende Vorschrift des Art. 80 WO. ist durch Art. 8 Ziff. 2 EGHGB. aufgehoben. (Vgl. o. § 202 BGB. Ziff. II 2.)

Seerechtliche Nebengesetze.

Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897.

Einleitung. HansGZ. **06** Hauptbl. 23 (Hamburg). Ein Fischdampfer, der seine Maschine gestoppt hat und sich treiben läßt, ist als ein in Fahrt befindliches Fahrzeug anzusehen.

Art. 29. HansGZ. **06** Hauptbl. 17 (Hamburg). Zum Halten eines gehörigen Ausgucks gehört nach der seemännischen Praxis, daß bei Nacht auf belebtem Fahrwasser ein besonderer Ausguckmann vorn auf der Back postiert wird, dessen ausschließliche Aufgabe darin besteht, seine Aufmerksamkeit auf das Fahrwasser voraus zu richten.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 25. HansGZ. **06** Hauptbl. 32 (Hamburg). Wenn die Behörde in Gemäßheit der gesetzlichen Bestimmungen ein gestrandetes Schiff zur Deckung der Beseitigungskosten öffentlich verkauft hat, so erlöschen mit dem Verkaufe die Pfandrechte der Schiffsgläubiger.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§§ 27 ff. Ausführliche dogmatische Darstellung des Heuervertrags: Pappenheim, Handb. 401—593, Haerle, Der Heuervertrag der Schiffsmannschaften und der Schiffsoffiziere.

§ 67. Wittich, GoldschmidtsZ. **57** 139. Ausführungen über Sinn und Tragweite der Bestimmung. Vgl. auch Pappenheim, Handb. 543 ff.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 3. RG. 63 308. Durch die Bestimmung ist nicht eine selbständige Deliktsklage gegen den Schiffseigner geschaffen, die nur von dem Nachweise eines Dienstverschuldens der Schiffsbesatzung abhinge. Der Gedanke des Gesetzes ist nur der, daß, wenn dem geschädigten Dritten auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Ersatzanspruch gegen die schuldige Person der Schiffsbesatzung gegeben sei, auch der Schiffseigner für diesen Anspruch haften solle, und zwar in der aus § 4 ersichtlichen Beschränkung. Der Anspruch gegen die Person der Schiffsbesatzung, für den der Schiffseigner haftet, kann seinen Grund in besonderen Bestimmungen des Schifffahrtsrechts haben, wie z. B. im § 7, oder auch in Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, wie z. B. §§ 823, 826 BGB.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. a) HansGZ. **06** Hauptbl. 3 (Hamburg). Wenn ein Seeschiff im Hafen einen Schlepper zum Verholen annimmt, so liegt nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag vor, auch wenn die vereinbarte Vergütung ohne Rücksicht auf die verwandte Zeit in einer festen Summe besteht. **b) RG. 62** 212. Der Schleppvertrag ist nicht Frachtvertrag, sondern als Werkverdingung zu charakterisieren. Dem Führer des Schleppdampfers liegt neben der Beförderung des zu schleppenden Fahrzeuges nicht auch dessen Bewachung und die Obhut der von diesem mitgeführten Güter ob. Er haftet aber dafür, daß er die erforderliche Sorgfalt aufwendet, daß das zu schleppende Fahrzeug das Ziel der Reise unverletzt erreicht. Diese Verpflichtung dauert an, bis der Bestimmungsort erreicht ist, auch wenn ohne Verschulden der Schlepperbesatzung die Verbindung mit dem geschleppten Fahrzeuge unterbrochen wird. Solange die Unmöglichkeit nicht vorliegt, die Reise zu vollenden, darf der Schlepper das geschleppte Fahrzeug, auch wenn diesem ein Unfall zugestoßen ist, nicht einfach seinem Schicksale überlassen. **c) RG. 63** 308. Der Eigentümer der Ladung eines geschleppten Fahrzeuges, die durch fahrlässige Navigierung des Schleppers beschädigt worden ist, kann nach §§ 3 u. 4 BinnenSchG. in Verb. mit § 823 Abs. 1 BGB. den Eigner des Schleppers auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, ohne daß ihm etwaige Befreiungsklauseln aus dem Schleppvertrage entgegengehalten werden könnten.

§ 68. RG. HansGZ. **06** Hauptbl. 128, HoldheimsMSchr. **06** 311. Zur Annahme einer dauernden Behinderung des Reiseantritts ist nicht unbedingt erforderlich, daß die Möglichkeit der Reise für alle Zeit ausgeschlossen ist. Vielmehr muß es genügen, wenn nach den Umständen des Falles der erkennbare Zweck der Reise durch das Hindernis unerreichbar geworden ist.

§ 71. RG. HansGZ. **06** Hauptbl. 128, HoldheimsMSchr. **06** 311. Die zeitweise Verhinderung des Antritts der Reise steht im Gegensatz zu der im § 68

geregelten dauernden Behinderung. Nur wenn eine dauernde Behinderung vorliegt, tritt der Frachtvertrag außer Kraft, ohne daß ein Teil zur Entschädigung des anderen verpflichtet wäre. Bei einer zeitweiligen Behinderung aber hat der Frachtführer überhaupt kein Recht des Rücktritts. Es gehört zu den von ihm übernommenen Gefahren, daß er die Beseitigung des Hindernisses abwarten muß. Nur der Absender hat in diesem Falle ein einseitiges Rücktrittsrecht, das an eine entsprechende Entschädigung des Frachtführers geknüpft ist. Niedriger Wasserstand, der die Schiffahrt behindert und vorübergehend unmöglich macht, kann an sich — auch wenn er zu ungewöhnlicher Zeit und in ungewöhnlicher Stärke auftritt — nicht als dauerndes, sondern nur als zeitweiliges Hindernis gelten. Die Erfahrung lehrt, daß er immer wieder durch Perioden ausreichenden Wasserstandes abgelöst wird. Daß sich der Zeitpunkt, wann dies eintreten wird, nicht im voraus bestimmen läßt, ist im Sinne des Gesetzes kein Grund, das Hindernis als ein dauerndes anzusehen.

§ 78. **a)** HansGZ. **06** Hauptbl. 48 (Hamburg). Im Sinne der Vorschriften über große Haverei hat als „vorsätzlich zugefügt" auch der Schaden zu gelten, den der Schiffer als wahrscheinliche oder mögliche Folge einer von ihm angeordneten Rettungsmaßnahme vorausgesehen und sonach mit in seinen Willen aufgenommen hat. **b)** SeuffA. **61** 62 (Hamburg). Die vom Gesetze geordnete Havereiverteilung bezieht sich nur auf einzelne Fahrzeuge und deren Ladung. Nur für ein einzelnes Fahrzeug und dessen Ladung liegt eine Gefahrengemeinschaft vor, die die Verteilung der zur Abwendung oder Errettung aufgewendeten Kosten rechtfertigt. Zwischen dem Schlepper und dem geschleppten Schiffe und dessen Ladung besteht eine solche Gemeinschaft nicht, und ebensowenig zwischen mehreren in einem Schleppzuge vereinigten Schiffen und deren Ladungen. Hier kann daher von einer eigentlichen Havereiverteilung keine Rede sein. Werden Kosten für die gleichzeitige Errettung verschiedener Schiffs- und Ladungsgemeinschaften aus einer ihnen drohenden Gefahr aufgewendet, so kann es sich nur darum handeln, diese Kosten nach Quoten oder nach Verhältnis der Dauer und des Umfangs der jeder einzelnen Gemeinschaft geleisteten Hilfe zu verteilen.

§ 82. HansGZ. **06** Hauptbl. 45 (Hamburg). Als Hafen im Sinne des BinnenSchG. kann nur ein ans Land grenzender Teil eines Binnengewässers gelten, der vom Verfügungsberechtigten — also bei öffentlichen Gewässern von der Behörde, bei privaten vom Eigentümer — für geschütztes Liegen und meist auch für Laden und Löschen von Schiffen bestimmt ist und dazu bereit gehalten wird. Die Mündung eines Nebenflusses, die zwar ihrer natürlichen Beschaffenheit nach den Schiffen Schutz gegen Sturm und Eisgang gewährt und deshalb häufig von Schiffern aufgesucht wird, wenn sie ihre Fahrzeuge vor solchen Gefahren bergen wollen, die aber vom Verfügungsberechtigten hierzu weder eingerichtet, noch bestimmt ist, ist demnach kein Hafen im Sinne des Gesetzes.

Bankdepotgesetz.

Literatur: Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Berlin 1906. — Korn, Die Technik der Bankdepotgeschäfte, HirthsAnn. **06** 481 ff., 578 ff. Vorwiegend volkswirtschaftliche Abhandlung, soweit juristische Auslegung des Gesetzes versucht wird, fördert sie gegenüber den Kommentaren Lusenskys, Rießers 2c. nichts Neues. — Rießer, Das Bankdepotgesetz, 2., völlig umgearbeitete Aufl. Berlin 1906.

§ 1. **a)** *Adler 10 f. Die Bestimmungen des DepotG. gelten auch für diejenigen Bankanstalten, bei denen das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband Geschäftsinhaber oder Geschäftsleiter ist. Dagegen sind sonstige staatliche und kommunale Behörden, auch wenn sie fremde Wertpapiere in Ver-

wahrung haben, den Bestimmungen des Depotgesetzes nicht unterworfen. **b)** *Adler 12 ff. Unter die Bestimmungen des DepotG. fallen auch solche Urkunden, welche lediglich nach den Regeln des wirtschaftlichen Verkehrs als Wertpapiere anzusehen sind, ebenso auch nicht vertretbare Wertpapiere, insbesondere Namensaktien. Dagegen sind vom Geltungsbereiche des DepotG. die Anteilscheine der Reichsbank und der GmbH. ausgenommen. — Dagegen Rießer 13—15. Objekte des DepotG. sind die ausdrücklich aufgezählten und alle anderen Wertpapiere, sofern sie vertretbar sind, also nicht Konnossemente, Lagerscheine, Lagerpfandscheine, Ladescheine, Wechsel und Anweisungen, Schuldverschreibungen, welche auf Namen lauten und nicht indossabel sind, Versicherungspolicen, Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe. — **c)** *Adler 15. Werden die Mäntel von Schuldverschreibungen, die auf Namen lauten und nicht indossierbar sind, gesondert von den zugehörigen Kuponsbogen aufbewahrt, so sind für die Kuponsbogen die Vorschriften des DepotG. zu beachten, für die Mäntel dagegen nicht. Werden Mäntel und Kuponsbogen solcher Schuldverschreibungen gemeinsam aufbewahrt, so sind beide von den Bestimmungen des DepotG. ausgenommen. **d)** *Adler 16. Das DepotG. findet nur Anwendung, wenn die Verwahrung oder Verpfändung von Wertpapieren den Hauptzweck des abgeschlossenen Vertrags bildet. **e)** *Adler 26. Bei Depotverträgen mit Banken spricht die Vermutung für die Verpflichtung der Bank zur Verwaltung der deponierten Wertpapiere. **f)** *Adler 94. Die Unterscheidungsmerkmale der Wertpapiere können teilweise im Depotbuch und teilweise in den zugehörigen Verzeichnissen enthalten sein. Ein Hinweis auf die Verzeichnisse lediglich im allgemeinen Handelsbuch genügt der Vorschrift des § 1 Ziff. 2 nicht. Das Depotbuch kann aber einen räumlich getrennten Bestandteil des allgemeinen Handelsbuchs bilden und auch andere, nicht auf die Depotverträge bezügliche Notizen enthalten.

2. *Rießer 16 Anm. 3. Der § 1 bezieht sich nur auf unverschlossene Depots; der auf Verwahrung geschlossener Depots gerichtete, stets ein depositum regulare begründende Vertrag und der eine Unterart des letzteren bildende sogen. Schrankfachvertrag ist daher ausschließlich nach den Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.

§ 2. 1. *Rießer 30—33 vertritt gegen Lusensky mit Entschiedenheit die Ansicht, daß bis zu dem Momente, wo der Verwahrer oder Pfandgläubiger von der ihm nach § 2 erteilten Ermächtigung, „gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren" oder „über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen", endgültig Gebrauch macht, ein depositum regulare gemäß § 1 vorliegt. Dann erst trete das dep. irregulare an die Stelle, auf welches die Vorschriften über das Darlehen anzuwenden sind. — Den Gegensatz zu der erstgedachten Ermächtigung bilde der Fall des § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB., wenn bei Hinterlegung vertretbarer Wertpapiere ausdrücklich (Abs. 3 das.) vereinbart ist, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser (nun) verpflichtet sein soll, Wertpapiere gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben, hier trete der Eigentumsübergang und die Verwandlung in ein dep. irregulare sofort ein. — Es wird aber darauf hingewiesen, daß der Sinn der Ermächtigung des Verwahrers, „zu seinem Nutzen zu verfügen", auch ein engerer sein könne, z. B. über die Papiere zu einem bestimmten Zwecke, etwa zur Weiterverpfändung oder zur Abstimmung bei einer Generalversammlung 2c., zu verfügen. Hier ist die Pflicht zu gesonderter Aufbewahrung nach § 1 an sich zu erfüllen und ruht nur insoweit und insolange, als sie mit der eingeräumten Ermächtigung unvereinbar ist, während die Eintragungspflicht nach § 1 bestehen bleibt. Die Vermutung spricht aber für eine solche engere Auslegung nicht (33/34). —

Im Falle der Ermächtigungen nach § 2 liegen somit bei den im § 1 bezeichneten Wertpapieren Zwischenstufen zwischen dem depositum regulare und dem depositum irregulare, also modifizierte deposita regularia, vor, ebenso (bei vertretbaren Wertpapieren) im Falle des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. und beim sog. Sammeldepot, also dann, wenn der Verwahrer nur die gleichen Effektengattungen mehrerer Hinterleger, ohne Auseinanderhaltung der einzelnen Einlieferer, als Ganzes gesondert aufzubewahren verpflichtet und befugt sein soll, dem Einlieferer andere Papiere gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren; ferner dann, wenn die dem Verwahrer erteilte Ermächtigung, über die hinterlegten Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ihm lediglich die Befugnis gewähren soll, die Papiere in das Giro-Effektendepot des Kassenvereins zu legen und andere gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren, oder über die Papiere, ohne die Befugnis, andere gleichartige zurückzugewähren, zu seinen Gunsten für einen einzelnen bestimmten Zweck zu verfügen (40—42).

2. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 6 f. Eine aus § 2 gegebene Ermächtigung ist bloße Einräumung einer schuldrechtlichen Berechtigung, kein dinglicher Vertrag, so daß kein Schutz des guten Glaubens stattfindet.

3. **a**) *Adler 17. Ein im Ausland abgeschlossener Depotvertrag der im § 2 bezeichneten Art ist, auch wenn er formlos abgeschlossen wurde, im Inlande gültig, wenn das betreffende ausländische Recht keine Formvorschriften für derartige Verträge aufstellt. **b**) *Adler 40 ff. Abs. 2 DepotG. steht der Begründung von Sammel- und Summendepots nicht im Wege.

§§ 3, 7. 1. **a**) *Adler 61. In Fällen, in denen eine Bank selbst, d. h. ohne Kommissionär zu sein, ihrem Kunden Wertpapiere verkauft (z. B. ihre eigenen Pfandbriefe) und diese in Depot behält, finden die Bestimmungen des § 3 keine Anwendung. **b**) *Adler 72. Eine Unterzeichnung des Stückeverzeichnisses seitens des Kommissionärs ist nicht erforderlich: α. wenn das Stückeverzeichnis als Beilage oder Bestandteil eines Briefes, in dem auf das Stückeverzeichnis Bezug genommen ist, übersandt wird, β. wenn aus dem Stückeverzeichnis selbst, z. B. aus der Überschrift, dessen Herkunft klar ersichtlich ist.

2. **a**) *Rießer 42 ff. Die Übersendung des Stückeverzeichnisses bezeichnet nach § 7 den spätesten Zeitpunkt, an welchem sich der Eigentumsübergang auf den Kommittenten dann vollziehen soll, wenn der Einkaufskommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. **b**) *Rießer 50. In Fällen des früheren Eigentumsübergangs hat die Übersendung des Stückeverzeichnisses nur die Bedeutung eines Beweismittels über die erfolgte Eigentumsübertragung, nicht die eines Eigentumsübertragungsakts. **c**) *Rießer 53. Der Verzicht auf das Stückeverzeichnis im Falle der Einkaufskommission bedeutet im Zweifel, wenn seitens der Kommittenten der Kaufpreis noch nicht voll bezahlt ist, daß der Einkaufskommissionär bis zur Vollzahlung nur Stückeschuldner des Kommittenten werden soll, welcher letztere also nur einen persönlichen Anspruch auf Ausfolgung von Papieren gleicher Art, Güte und Menge erhält. — Der Verzicht kann auch in engerem Sinne gemeint sein, also nur bedeuten sollen, daß der Kommittent auf eine Beweisurkunde über sein (event.) Eigentumsrecht verzichten will, für eine solche engere Auslegung spricht aber (mindestens dann, wenn der volle Kaufpreis seitens des Kommittenten nicht gezahlt ist) die Vermutung nicht.

3. **a**) *Adler 74 f. Ein Verzicht auf Übersendung des Stückeverzeichnisses ist im Zweifel nur Verzicht auf die durch § 3 DepotG. geschaffene besondere Art der Eigentumsübertragung, nicht Verzicht auf Eigentumsübertragung überhaupt. **b**) *Adler 77. Ist irrtümlich oder vorsätzlich ein falsches Stückever-

zeichnis übersandt worden, aber das constitutum possess. bereits vollzogen, so ist letzteres für das Eigentum des Kommittenten maßgebend. Ist das const. poss. in diesem Falle noch nicht vollzogen, so ist das Stückverzeichnis, soweit es unrichtig ist, für den Eigentumsübergang bedeutungslos. **c**) *Adler 78. Die Absendung von Stückeverzeichnissen über die nämlichen Wertpapiere an verschiedene Kommittenten bewirkt nur für denjenigen einen Eigentumserwerb, welchem das Stückeverzeichnis zuerst zugesandt wurde.

§ 4. **a**) *Adler 66. Die Berechnung der Fristen des DepotG. erfolgt nach den Vorschriften der §§ 187 ff. BGB. **b**) *Adler 67. Gegen Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung (München 1899), wird angenommen, daß die Versäumung der 3tägigen Erklärungsfrist für den Kommittenten nur die Bedeutung hat, daß er nur der bereits gesetzten Bedingungen der Vorteile des § 4 verlustig geht, aber diese Bedingungen neuerdings setzen kann.

§ 5. *Adler 83. Ein Verzicht auf das Stückeverzeichnis ist auch bei Umtausch- und Bezugskommissionsverträgen zulässig und kann formlos erfolgen. (AM. Stenglein, Die strafrechtl. Nebenges. des Deutschen Reiches — Das BankdepotG. Anm. 2 zu § 5.) — Ein derartiger Verzicht ist im Zweifel nicht als Verzicht auf die Eigentumsübertragung überhaupt aufzufassen, sondern lediglich als Verzicht auf die besondere Art der Eigentumsübertragung.

§ 6. *Adler 80 f. Gegen Stenglein (aaO. 254 Anm. zu § 6) ist anzunehmen, daß der Kommissionär, der in Unkenntnis des Umstandes, daß er die Zahlung der Provision verweigern konnte, diese gezahlt hat, die Herausgabe des geleisteten Betrags nach den Grundsätzen des § 812 BGB. verlangen kann.

§ 8. 1. *Adler 119 f. Die Mitteilungspflicht nach § 8 kann durch Vereinbarung zwischen Lokal- und Zentralbankier nicht beseitigt werden, wohl aber durch Vereinbarung zwischen Lokalbankier und dessen Kunden. Eine solche Vereinbarung bedarf aber der im § 2 Abs. 1 bestimmten Form.

2. *Rießer 83—85. Die Frage, ob der Lokalbankier mit einer Mitteilung aus § 8 die Verfügung über die von ihm dem Zentralbankier als fremde bezeichneten Wertpapiere verliere, hat das RG. (**41** 32) dahin beantwortet, daß a) der Lokalbankier, wenn kein Kollusionsfall vorliegt, später den Zentralbankier beauftragen kann, die Wertpapiere (nach Vollzahlung der Letzterem mit Bezug auf diese Wertpapiere entstandenen Forderungen) ihm (dem Lokalbankier) auszuhändigen; daß der Lokalbankier den Zentralbankier jedoch nicht beauftragen kann, die Wertpapiere b) zu veräußern und den Erlös ihm (dem Lokalbankier) gutzuschreiben oder c) die Wertpapiere (die bisher im Depot der fremden Wertpapiere, Depot B, lagen) nunmehr dem Depot der eigenen Wertpapiere des Lokalbankiers (Depot A) gutzuschreiben. Rießer hält die Entscheidung unter b und c nicht für richtig.

§ 9. Ebermayer, BayRpflZ. **06** 10 f. Für den Tatbestand des § 9 Abs. 1 DepotG. muß, soweit es sich dort um eine Inbesitznahme seitens des Kommissionärs handelt, auch mittelbarer Besitz als ausreichend erachtet werden.

Hypothekenbankgesetz.

Vorbemerkung: Das Löhrsche Buch ist eine nicht vollendete Kompilation, die nicht einmal die, wahrlich nicht zu umfangreiche, Literatur berücksichtigt. Die Buddesche Arbeit ist hervorgegangen aus der Gutachtertätigkeit des Verfassers im Pommernbankprozeß und behandelt deshalb nur die hauptsächlich dort zur Sprache gekommenen Paragraphen, diese allerdings in eingehendster und zutreffendster Weise.

Literatur: Budde, Beiträge zum RHypBankG. Berlin 1905/6. — Löhr, HypBankG. Leipzig 1906.

§§ 3, 4. **a**) Budde 5—17 gelangt bezüglich der Frage nach der rechtlichen Natur der über die Hypothekenbanken geübten Aufsicht in Übereinstimmung mit Sontag (vgl. IDR. 3 §§ 3, 4 HypBankG.) zu dem Resultate, daß die Aufsicht polizeilicher Natur ist, und zwar ein Teil der Polizeigewalt, der sich auf wirtschaftlichem Gebiete betätigt. **b**) Budde 24 ff. Zuständig zur Aufsicht sind: a) der Bundesrat, insofern dieser die gewerbliche Konzession zum Geschäftsbetriebe zu erteilen, Statuten und Statutenänderungen zu genehmigen und die Ausübung der Staatsaufsicht verfassungsgemäß zu kontrollieren hat; b) die Ministerien der Finanzen, Justiz, des Innern und der Landwirtschaft, insofern diese bei Statutenänderungen (neben dem Bundesrate) und bei anderen Angelegenheiten, vorzüglich aber bei Erteilung des Privilegs zur Ausgabe von Inhaberpfandbriefen, und zwar in diesem Falle unter Einholung Königlicher Genehmigung, gemeinschaftlich das Aufsichtsrecht ausüben; c) das Ministerium für Landwirtschaft als die eigentliche zur Ausübung der dauernden Aufsicht nach §§ 3, 4 RHypBankG. berufene Zentralbehörde, sei es allein oder, sofern der AllerhErl. v. 13. 8. 76 noch volle Geltung hat, unter Mitwirkung des Ministeriums des Innern. Über dieser Zentralbehörde steht als höhere Aufsichtsbehörde in den Einzelfällen der §§ 13 und 15 RHypBankG. wieder der Bundesrat. — Schließlich unterstehen die Hypothekenbanken als Aktiengesellschaften noch der Aufsicht: d) des Handelsministeriums, insofern dieses in dem besonderen Falle, daß sie sich „rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig machen, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird", nach Art. 4 AGHGB. v. 24. 9. 99 ihre Auflösung herbeiführen kann, eine Befugnis, die keine der vorgenannten Behörden nach dem RHypBankG. und seiner Begründung zusteht. — In der Praxis zeigt sich allein wirksam das Aufsichtsrecht des Landwirtschaftsministers. Über die den Behörden zustehenden Zwangsmittel schweigt das Gesetz ebenfalls. Budde (26 ff.) erachtet, daß einzig die in Tit. V ALVG. v. 26. 7. 83 den Verwaltungsbehörden eingeräumten polizeilichen Zwangsbefugnisse in Betracht kommen können, hat aber schwere Bedenken bezügl. der konkreten Brauchbarkeit der einzelnen Mittel, insbes. der Folgen ihrer Anwendung. — In der Frage der Rechtsmittel, welche den Hypothekenbanken gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörde zustehen, schließt sich Budde (29 ff.) der Ansicht Sontags (vgl. IDR. 3 §§ 3, 4 HypBankG.) an, daß gegen diese Anordnungen die Rechtsmittel gegeben sind, welche § 130 ALVG. gegen polizeiliche Anordnungen ohne Vorbehalt gewährt. — Die materielle Aufsicht der Aufsichtsbehörde soll sich auf eine Überwachung des Einhaltens der für die Hypothekenbanken verbindlichen Vorschriften beschränken, nicht aber eine Einwirkung auf den Geschäftsbetrieb durch sachliche Anordnungen und Entscheidungen ausüben. Budde (33—43) verkennt freilich nicht, daß die Befugnisse des § 4 HypBankG. sachliche Prüfungen der Geschäftstätigkeit des Vorstandes durch die Aufsichtsorgane unvermeidlich machen. — Die formelle Aufsicht reicht nur soweit, als sie § 4 festsetzt; den Aufsichtsorganen ist nicht ein weitergehendes Verordnungsrecht, sondern nur ein überwachendes Polizeirecht eingeräumt (Budde 43 ff.).

§ 12. **a**) Budde 27 ff. wendet sich gegen die immer mehr an Boden gewinnende Lehre (vgl. DÖkonomist v. 15. 11. 02, 28. 8. 03 und 25. 6. 04, FrankfZ., Die jährl. Zusammenstellung aus den Geschäftsberichten der Hypothekenbanken, und Rehm, Bilanzen § 176 V), daß allgemein für Hypothekenbanken der Verkehrs- oder Handelswert der Grundstücke (der für jedermann erzielbare Verkaufspreis) als Beleihungswert gelten müsse. Man legt das Hauptgewicht auf den im Gesetze gebrauchten terminus technicus „Verkaufswert" und hält den

über Feststellung des Wertes hinzugefügten Satz für „nebensächlich". Dabei wird die Frage, ob denn das Wesentlichste an dem Begriffe „Verkaufswert", nämlich die Verkäuflichkeit, für Grundstücke der Regel nach vorausgesetzt werden kann, kaum gestreift. Der Zweck der Verpfändung sei, so führt Rehm aaO. aus, die Erfüllung der Forderung sicherzustellen, also die Zurückzahlung des Darlehens zu garantieren; das Pfand soll gegebenenfalls die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers bieten und darum wurde das Darlehen unter dem Gesichtspunkt der Veräußerungsfähigkeit des Pfandes gegeben. — Aber für die Hypothekenbank — so erwidert Budde 31 zutreffend — gilt im Gegenteil als gesetzliche Regel, daß die Ertragsfähigkeit des Grundstücks und nicht seine Verkäuflichkeit entscheidend sein soll für die Beleihungsfähigkeit. Denn das Grundstück soll ihr an erster Stelle Sicherheit gewähren für die ihr selbst als Pfandbriefschuldnerin obliegende Erfüllung einer Zinspflicht. Diese ist eine dauernde und pünktlich zu erfüllende Verbindlichkeit und hierfür, nicht für Rückzahlung des Pfandbriefkapitals hat die Hypothekenbank an erster Stelle zu sorgen. **b**) Budde 47 bespricht die Ermittelung der Ertragswerte bei den ganz oder teilweise gewerblich genutzten Grundstücken. Das RHypBankG. verbietet solche Beleihungen (auch in der Verwendung als Deckungshypotheken) nicht; im Gegenteil möchte man darin, daß im Gesetze der Satz der Normativbestimmungen: „Insbesondere ist bei der Beleihung von Fabriken und gewerblichen Anlagen nur der von der jeweiligen Benutzungsart unabhängige dauernde Wert zu berücksichtigen", ausgeschaltet ist, einen Grund dafür suchen, daß der Gesetzgeber den Hypothekenbanken bei der Beleihung gewerblich genutzter Grundstücke hat freiere Hand lassen wollen. ➛ Diese Auffassung verdient gegenüber der vielfach engherzigen Praxis der Aufsichtsorgane besondere Beachtung. Red. ⟵

§§ 29 ff. Merzbacher, BankA. **5** 260. Der Treuhänder ist ein Aufsichtsbeamter zweiten Ranges, der nicht den Gläubigern und nicht den Hypothekenbanken, sondern der Aufsichtsbehörde verantwortlich ist. Der Treuhänder ist nicht Vertreter der Pfandbriefgläubiger, da ein Vertragsverhältnis zwischen diesen und ihm nicht besteht. Er übt vielmehr im Interesse der Pfandbriefgläubiger, also vollständig unabhängig von ihnen, eine ihm staatlich verliehene selbständige privatrechtliche Macht über die zur Sicherung der Pfandbriefe bestimmten Grundpfandrechte und sonstigen Vermögensstücke aus und steht dabei auch der durch ihn in ihrer Vermögensherrschaft beschränkten schuldnerischen Bank selbständig gegenüber. (Ebenso Göppert, RHypBankG. § 29 Note 1, Gierke, Deutsches Privatrecht II 953; abweichend — wie hier antizipierend bemerkt und im nächsten Jahrgange besprochen sei — Kohler, BankA. **6** 121.)

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 11. *Jastrow, VerwA. **14** 146. Wenn die Landesgesetzgebung die Vorentscheidung nicht unbedingt, sondern nur im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde fordert, so findet ein solches Verlangen bei der Verfolgung von Beamten, die keine vorgesetzte Behörde haben, nicht statt. In Preußen ist deshalb eine Konfliktserhebung bei Prozessen gegen Staatsminister unzulässig.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Literatur: Adickes, Grundlinien durchgreifender Justizreform. Berlin 1906. — Friedländer, Die Rechtshilfe im Verkehr mit den ordentlichen Gerichten. Berlin 1906. — Siméon, Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit (3, 4). Berlin 1906. — Winter, Rechtspflege, Richter und Publikum in Deutschland. Leipzig 1906.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Zulässigkeit des Rechtswegs. I. Allgemeines. 1. *Bunsen, Prozeßrechtsgeschäfte, BuschsZ. 35 8. Die Zulässigkeit des Rechtswegs kann durch Vereinbarung der Parteien weder erweitert noch beschränkt werden. Dieser Satz gilt nicht nur für das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Verwaltungsbehörden, sondern auch für das Verhältnis der ordentlichen zu den besonderen Gerichten. Für die Kaufmannsgerichte und die Gewerbegerichte ist jener Grundsatz ausgesprochen im § 6 G. v. 29. 9. 01 u. v. 6. 7. 04. Eine andere Frage ist, ob nicht die Parteien die öffentlich-rechtliche Befugnis, ein subjektives Recht vor dem ordentlichen oder dem besonderen Gericht zu verfolgen, durch Privatvereinbarung ausschließen können. Diese Frage ist freilich nicht in dem Sinne zu bejahen, daß eine Partei auf die Befugnis zur Rechtsverfolgung schlechthin verzichten kann. Denn das würde bedeuten, die Partei auf den Weg der unerlaubten Selbsthilfe zu verweisen, ein solcher Verzicht würde also gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sein (vgl. o. Ziff. 1 zu § 138 BGB.). Dagegen können die Parteien unter bestimmten Voraussetzungen vereinbaren, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits, für den an sich der Rechtsweg zulässig ist, statt durch die Gerichte entweder durch Schiedsrichter oder durch eine Verwaltungsbehörde erfolgen soll. Im ersteren Falle ist das Verfahren in der ZPO. geregelt; im anderen Falle können die Parteien das Verfahren bestimmen. Solche Vereinbarungen enthalten wirksame Prozeßrechtsgeschäfte (o. Ziff. I 1 zu §§ 104 ff. BGB.).

2. **RG.** JW. **06** 69. Hat der Königl. Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte in einer vor dem G. v. 22. 5. 02 erlassenen Entscheidung den Rechtsweg für zulässig erklärt, so liegt es unabhängig von dieser Entscheidung dem RG. ob, über die Zulässigkeit des Rechtswegs von neuem zu befinden.

II. Einzelfragen. 1. Unfallversicherung. *B. Hilse, SeuffBl. **06** 597. Den Anstalten des öffentlichen Rechtes gewährleistet § 25 GewUVG. einen Anspruch auf Überweisung der Unfallrente in Höhe ihrer für den Rentenempfänger gemachten Aufwendungen. Streitigkeiten hierüber sind nach § 26 GewUVG. durch die Verwaltungsgerichte zu entscheiden. Für den den zu überweisenden Rentenbetrag übersteigenden Teil der Erstattungsansprüche gegen die Berufsgenossenschaften ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Es ist (KGBl. **06** 85) unstatthaft, daß der ordentliche Richter die Entscheidung auf eine bei ihm angebrachte Erstattungsklage ablehnt, nachdem der Verwaltungsrichter rechtskräftig sich für unzuständig erklärt hat, weil dies auf eine unzulässige Rechtsverweigerung hinauskommt. Ebenso in der Selbstverwaltung **06** 625; vgl. auch R. **06** 1430.

2. Beamte. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 250 (Hamburg). In Hamburg ist für eine Klage des pensionierten Beamten auf Bewilligung der Pension nach einem höheren Dienstalter der Rechtsweg eröffnet; dies ist zwar nur für die Höhe des Pensionsanspruchs der Fall, aber ohne Unterschied, ob diese von der Ermittelung des Dienstalters des zu Pensionierenden oder von sonstigen Faktoren, z. B. Nebeneinnahmen, abhängt. **b)** OLG. **13** 343 (Kiel). Auf Kündigung angestellte Reichsbeamte haben keinen klagbaren Anspruch auf Versetzung in den Ruhestand. **c)** DJZ. **06** 659 (PrKompGH.). Für die Klage eines städtischen Beamten auf Berichtigung eines Dienstzeugnisses ist der Rechtsweg unzulässig. **d)** DJZ. **06** 970 (KG.). Für Ansprüche von Staatsbeamten auf Ausstellung eines Zeugnisses ist in Preußen der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch, da das Zeugnis dazu bestimmt ist, das wirtschaftliche Fortkommen zu sichern (§ 1 G. v. 24. 5. 61). **e)** PosMschr. **06** 52 (Marienwerder). Für den Anspruch eines Volksschullehrers auf höhere Mietentschädigung ist in Preußen der Rechtsweg zulässig.

f) PosMschr. **06** 129 (Posen). Für den Anspruch eines Volksschullehrers auf das Diensteinkommen ist in Preußen der Rechtsweg gegen den Fiskus unzulässig, gegen die Schulgemeinde zulässig.

3. Kirche. a) RG. **63** 21, JW. **06** 233. Der Streit über das patronatische Recht der Präsentation zum Pfarramt und der Bestellung zum Kirchenvorsteher gehört vor das ordentliche Gericht (§ 577 II. 11 ALR., Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen 178 f., RG. **43** 362). b) DJZ. **06** 659 (PrKompGH.). Für den Prozeß zwischen zwei Kirchengemeinden über die Zugehörigkeit bestimmter Personenklassen zur einen oder zur anderen ist der Rechtsweg unzulässig. c) FischersZ. **31** 166 (SächsKompGH.). In Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über das Recht der Mitbenutzung von Betstübchen (sog. Erbstühlen) ist in Sachsen der Rechtsweg über die Frage der Verjährung zulässig, im übrigen unzulässig. d) RG. **62** 252, GruchotsBeitr. **50** 1038, JW. **06** 125. Hinsichtlich der religiösen Brüderschaften gilt, soweit sie auf religiösen Gebieten, insbesondere auf dem Gebiete der Religionsausübung tätig werden, der Satz, daß über die Frage der Entziehung eines innerhalb dieser Gesellschaften wirkenden Rechtes und der Ausschließung nur von den betreffenden Gesellschaften selbst entschieden werden kann. Der Rechtsweg ist also insoweit unzulässig. e) RG. GruchotsBeitr. **50** 421, PuckeltsZ. **06** 200, vgl. JDR. **4** Ziff. II A c. f) BreslauAK. **06** 42 (Breslau). Wird ein Patron, der zugleich Eingepfarrter ist, zu den Kosten des Baues eines Friedhofszaunes herangezogen, so ist für eine von ihm gegen die Kirchengemeinde angestellte Feststellungsklage der Rechtsweg zulässig. Die durch § 78 II. 14 ALR. angeordnete Ausschließung des Rechtswegs über die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Abgaben findet bei Kirchenabgaben nach Nr. 1 KabO. v. 19. 6. 36 und nach § 15 G. v. 24. 5. 61 nur Anwendung, wenn es sich um beständige, d. h. regelmäßig wiederkehrende Abgaben, die auf einer allgemeinen gesetzlichen Verbindlichkeit beruhen, handelt.

4. Kleinbahn. a) RG. **62** 131, EisenbE. **22** 301. Gegenüber einer auf Grund PrG. v. 28. 7. 92 konzessionierten Kleinbahn ist für eine Klage auf Herstellung von Einrichtungen an einer dem Betriebe der Bahn dienenden Anlage der Rechtsweg zulässig. b) RheinA. **102** I 182 (Cöln). Für Klagen auf Beseitigung einer landespolizeilich genehmigten Kleinbahn ist der Rechtsweg unzulässig.

5. Heer. a) R. **06** 810 (KG.). Aktive Offiziere können ihre Kompetenzen (Gehalt usw.) gegen den Staat (Reich) nicht im Rechtswege einklagen. Die KabO. v. 28. 10. 36 besteht noch zu Recht und ist durch das G. v. 24.5.61, da Offiziere nicht zu den „Staatsbeamten" zu rechnen sind, nicht beseitigt. (AA. PrKompGH., JMBl. **70** 225). Auch der Staat kann nicht im Rechtswege zuviel gezahlte Kompetenzen von einem aktiven Offizier zurückverlangen, ebenso ist eine diesbezügliche negative Feststellungsklage des Offiziers unzulässig. Nur in den Militärpensionsgesetzen ist der Rechtsweg bezüglich der Pension der Offiziere unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt. b) WürttJ. **18** 279 (Stuttgart). Für den Anspruch eines Unteroffiziers auf Mietzinsentschädigung i. S. des § 10 der Servisvorschrift für das preuß. Heer ist der Rechtsweg zulässig.

6. Straßen und Wege. a) RheinA. **102** I 25 (Cöln). Für eine Klage auf Ausbau einer städtischen Straße auf Grund eines Straßenbauvertrags ist der Rechtsweg zulässig. b) RG. **62** 193, DJZ. **06** 318. Der Rechtsweg ist in Preußen nicht zulässig über die Rechtsgültigkeit der Fluchtliniensetzung einer Gemeinde. c) RG. **63** 107. Bedingungen in polizeilichen Bauerlaubnisscheinen, durch die im finanziellen Interesse der Stadtgemeinde die Zulassung eines Baues von einer bei der Stadtkasse zu bewirkenden, demnächst auf die ortsstatutarischen,

bzw. Kanalbaubeiträge anzurechnenden Einzahlung einer Geldsumme abhängig gemacht wird, sind polizeiliche Anordnungen. Da diese in Preußen der Anfechtung im ordentlichen Rechtswege entzogen sind, ist eine Klage, mit der von der Stadtgemeinde die Rückerstattung eines Teilbetrags gefordert wird, wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen. **d)** **RG.** JW. **06** 234, NaumburgAK. **06** 29. Werden in einem Rechtsstreit über einen privatrechtlichen Anspruch Einreden vorgeschützt, die dem öffentlichen Rechte entnommen sind, so steht den Gerichten unter Umständen auch die Entscheidung über die öffentlich-rechtliche Frage zu (vgl. **RG.** JW. **96** 289 m. Zit.). Streiten die Parteien darüber, ob die Beklagten befugt sind, streitige Flächenabschnitte als Weg zum Gehen, Reiten und Fahren zu benutzen und ist die Entscheidung dieses Streites von der Beantwortung der Vorfrage abhängig, ob der Weg unter den Parteien als ein öffentlicher zu gelten habe und deshalb dem freien Verkehr diene, so ist die Entscheidung dieser Vorfrage den ordentlichen Gerichten nicht entzogen.

7. Verschiedenes. **a)** RheinA. **103** II 250 (PrKompGH.). Die Anordnung des Bürgermeisters, der die örtliche Polizeiverwaltung nach § 1 G. v. 11. 3. 50 führt, aus Gründen der öffentlichen Gesundheitspflege auf Kosten der Gemeinde einen Straßengraben zu beseitigen, enthält eine polizeiliche Verfügung im Sinne PrG. v. 11. 5. 42. Für den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes seitens eines durch sie betroffenen Anliegers ist der Rechtsweg ausgeschlossen. **b)** **RG.** DJZ. **06** 429. Für die Klage auf Schadensersatz gegen einen Polizeibeamten wegen Unterlassung seiner amtlichen Pflichten ist in Preußen der Rechtsweg zulässig. **c)** **RG.** **63** 236. Nach Scheidung der Ehe kann der Ehegatte, dem nach § 1635 BGB. die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, weder auf Gestattung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde Klage erheben, noch im Prozeßwege die nähere Regelung dieses Verkehrs, sowie die entsprechende Verurteilung des anderen Ehegatten, oder auch nur die Verurteilung desselben zur Befolgung und Duldung der von dem Vormundschaftsgericht getroffenen Anordnungen beantragen. Streitigkeiten dieser Art sind nach § 1636 BGB. ausschließlich dem Vormundschaftsgericht überwiesen. Dieses ist eine Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13. **d)** FischersZ. **31** 219, WürttJ. **17** 217 (Stuttgart). Für einen auf übermäßige Benutzung eines Gewässers gestützten Schadensersatzanspruch ist, wenn dabei streitig ist, ob das Gewässer ein öffentliches ist, der Rechtsweg unzulässig. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 881. Der Rechtsweg ist nicht zulässig, wenn mit der Klage gegen das Heroldsamt zwar das Recht zur Führung eines Familiennamens mit dem Prädikat „von" geltend gemacht wird, aber behauptet wird, es handle sich um Führung eines bürgerlichen Namens und es werde nicht die Anerkennung der Zugehörigkeit zum Adel und mit der Bezeichnung „von" nicht die Zuerkennung eines Adelsprädikats verlangt. **f)** ElsLothJZ. **06** 290 (Colmar). Nach dem Grundsatz der Trennung der Gewalten ist der Rechtsweg in Sachen der direkten Steuern (im Gegensatz zu den Sachen der indirekten Steuern) ausgeschlossen und mit Ausnahme einzelner Fälle im Beitreibungsverfahren lediglich das verwaltungsrechtliche Verfahren zugelassen. Insbesondere ist die Nachprüfung der Veranlagung zur Gewerbesteuer den Gerichten entzogen und deren Einmischung in das Beitreibungsverfahren der Verwaltungsbehörde hinsichtlich der direkten Steuern untersagt. Den hiervon betroffenen Privatpersonen bleibt nur die Anrufung der höheren Verwaltungsinstanz sowie unter gewissen Voraussetzungen die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen den schuldigen Beamten oder hilfsweise gegen den Staat bei den Gerichten offen. **g)** DJZ. **06** 1267, SchlHolstAnz. **05** 353 (PrKompGH.). Für Klagen gegen den Staat auf Anerkennung des Bestehens einer Kruggerechtigkeit ist in Preußen der

Rechtsweg zulässig. **h)** KGBl. **06** 31 (KG.). Streitigkeiten über die Berechtigung des Fiskus zur Erhebung eines Wasserzinses sind als vermögensrechtliche Streitigkeiten des Fiskus anzusehen und daher bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. **i)** HansGZ. **06** Beibl. 289 (Hamburg). In Bremen ist der Rechtsweg unzulässig für eine Klage, die Feststellung begehrt, daß Kläger nicht erbschaftssteuerpflichtig sei, ohne daß bisher von ihm Steuer eingefordert ist. Die vorläufige Ermittelung und Feststellung der Steuer ist ausschließlich der Verwaltungsbehörde überlassen. **k)** ElsLothJZ. **06** 452 (Colmar). Der Rechtsweg ist weder für Ansprüche eines Hauseigentümers auf Ersatz des Schadens, der bei Gelegenheit der Ausführung baupolizeilicher Anordnungen durch das Verschulden der sie vollziehenden Personen verursacht worden ist, noch für Ansprüche auf Ersatz des Schadens ausgeschlossen, der dadurch entstanden ist, daß die schädigenden polizeilichen Anordnungen durch schuldhafterweise fälschlich erstattete Berichte von Baupolizeibeamten an den Träger der Baupolizeigewalt veranlaßt wurden.

§ 16. Wittmaack, R. **06** 791, hält die Bestimmungen dieses Paragraphen für überflüssig.

§ 17. 1. Abs. 1. *Fischer, Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 4 u. 5. Die Formel des Urteils wird, wenn das Gericht den Rechtsweg für unzulässig hält, richtiger lauten „der Rechtsweg ist unzulässig", als „die Klage wird abgewiesen", weil die erstere Fassung besser zum Ausdrucke bringt, daß die Entscheidung lediglich eine Prozeßvoraussetzung betrifft, daß dagegen in der Sache selbst nicht entschieden, der Beklagte nur ab instantia, nicht ab actione absolviert ist.

2. Abs. 2. BöhmsZ. **16** 272 (PrKompGH.). Das Vorhandensein eines Kompetenzkonfliktes ist nicht dadurch bedingt, daß der Verwaltungsbehörde, die den Kompetenzkonflikt erhebt, das Recht der Entscheidung über den von der Prozeßpartei geltend gemachten Anspruch zusteht. Ein Kompetenzkonflikt liegt vielmehr stets dann vor, wenn ein Streit darüber besteht, ob eine bei Gericht anhängig gewordene Rechtsangelegenheit der richterlichen Kognition unterliegt oder bei Administrativbehörden zur Erledigung zu bringen ist. Es liegt daher kein Grund vor, den Kompetenzkonflikt für solche Fälle auszuschließen, in denen von einer Privatperson die Gewährung staatlicher Hilfe zum Zwecke der Geltendmachung von Ansprüchen gegen eine fremde Regierung verlangt wird und es streitig ist, ob die Gewährung dieser Hilfe der richterlichen oder administrativen Tätigkeit anheimfällt.

§ 18. RG. **62** 165, JW. **06** 90, EisenbE. **22** 387. Es muß als ein Rechtsgrundsatz des Völkerrechts anerkannt werden, daß ein ausländischer Staat auch aus rein privatrechtlichen Ansprüchen von den inländischen Gerichten nicht belangt werden kann, es sei denn, daß es sich um dingliche Klagen bezüglich inländischer Grundstücke handelt, oder daß sich der auswärtige Staat ausdrücklich oder stillschweigend der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen hat. Übereinstimmend: PrJMBl. **05** Nr. 28, BöhmsZ. **16** 262 (PrKompGH.).

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. Ziff. 2. 1. Kiefe, R. **06** 1427. Auf die Klagen wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung eines Grundstücks als „Lagerplatz" findet Ziff. 2 keine Anwendung. Unter „Wohnräumen und anderen Räumen" sind nicht nur immobile Räume zu verstehen.

2. *Perels, GoldschmidtsZ. **57** 353 Anm. 70. In Abs. 3 ist im Gegensatz zu § 109 Abs. 3 „Schiffer" auch auf die Binnenschiffahrt zu beziehen.

3. *Kuttner, IheringsJ. **50** 527. Für die Statusklage auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" sind die Landgerichte sachlich zuständig.

Dagegen sind für die Klagen auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. die Amtsgerichte sachlich zuständig. (Vgl. IDR. 3 Ziff. 1.)

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 61. RG. IW. **06** 611, 794. Der Landgerichtspräsident ist nicht zuständig, einen Richter, dem durch Präsidialbeschluß der Vorsitz in einer Strafkammer und gleichzeitig in einer Zivilkammer übertragen worden ist, mit Rücksicht auf die ihm obliegenden Geschäfte als Vorsitzender der Zivilkammer von den Sitzungen und sonstigen Geschäften der Strafkammer vom 1. 1. 06 ab zu beurlauben. Diese Anordnung enthält in Wirklichkeit nicht eine „Beurlaubung" nach Maßgabe der Bestimmungen, durch die den Vorständen einer Justizbehörde in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörden das Recht zu Urlaubserteilungen eingeräumt ist, sondern eine Änderung des bezüglich des Vorsitzes ergangenen Präsidialbeschlusses.

§ 70. 1. RG. GruchotsBeitr. **50** 1042, IW. **06** 223, BayRpflZ. **06** 227. Unter Ansprüchen gegen den Staat wegen Verschuldens von Staatsbeamten sind nur die Fälle zu begreifen, wo ein besonderes Verschulden eines Staatsbeamten, das in Beziehung zu seinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht, behauptet und der Staat für dieses Verschulden haftbar gemacht wird, nicht aber die Fälle, wo sich die Klage auf eigenes Verschulden des Fiskus, d. h. derjenigen Organe gründet, deren schuldhafte Handlungen dem Fiskus als eigene angerechnet werden. (Vgl. IDR. 3 Ziff. 2.)

2. RG. IW. **06** 28. Öffentliche Abgaben im Sinne des Abs. 3 sind Leistungen, welche Mitglieder öffentlich-rechtlicher Verbände (Staat, Kommunalverbände, Gemeinden, Kirchen, Schulen) für die Zwecke des Verbandes zu machen haben, welche durchweg einen steuerartigen Charakter haben und sich nicht als Gegenleistung für eine spezielle, dem einzelnen gemachte Leistung darstellen. Fordert der Kläger auf Grund einer angeblich bestehenden Observanz für die von ihm als Superintendenten vorgenommenen Einführung zweier Lehrer von der Stadtgemeinde als Patron einen Geldbetrag, so handelt es sich lediglich um eine dem Superintendenten für eine besondere Amtshandlung angeblich zustehende Gebühr.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

§ 101. SächsOLG. **27** 176 (Dresden). Eine Verhandlung über den Antrag auf Verweisung einer Prozeßsache von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen ist nicht eine Verhandlung über die „Unzuständigkeit des Gerichts" (GKG. § 26 Ziff. 2), welche die besondere Gebühr aus § 20 RAGebO. neben der $^{5}/_{10}$ Gebühr aus § 16 das. begründen könnte. Vielmehr handelt es sich bei dem Verweisungsantrag nur um eine Angelegenheit des Geschäftsbetriebs, für den die Prozeßgebühr zum Ansatz kommt.

§ 109. Abs. 3. *Perels, GoldschmidtsZ. **57** 353 Anm. 70. Schiffer und Schiffsmannschaft sind nur im seerechtlichen Sinne zu verstehen (vgl. dagegen o. Ziff. 2 zu § 23).

§ 116. Schelhorn, Die Amtshaftpflicht gegenüber Dritten, HirthsAnn. **06** 452. Die Handelsrichter sind Beamte und als solche zivilrechtlich verantwortlich. § 116 hat einerseits die Bedeutung, daß er den Handelsrichtern genau dieselbe Stellung in Beziehung auf ihr Amt verschafft, die die juristisch vorgebildeten und auf Lebenszeit angestellten Richter besitzen; andererseits bringt er zugleich zum Ausdruck, daß sie die Rechte und Pflichten richterlicher Beamten nur unter Beschränkung auf die Dauer ihres Amtes haben.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

§ 157. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1044, JW. **06** 716. Für die Rechtshilfe, die nach § 32 PatG. vom 7. 4. 91 die Gerichte dem Patentamt zu leisten haben, sind die Bestimmungen in den §§ 157 ff. entsprechend anwendbar. In sinngemäßer Anwendung ist gemäß § 160 das RG. zur Entscheidung über die Beschwerde berufen, wenn das OLG. die Rechtshilfe für unzulässig erklärt hat (**RG. 33** 426). Bei der eigenartigen Regelung der Beschwerde im § 160 bleiben die Bestimmungen der ZPO. und insbesondere die jetzt in der Nov. v. 5. 6. 05 über die Beschwerde gegen Entscheidungen der OLG. gegebenen Vorschriften außer Betracht.

2. OLG. **12** 185 (Naumburg). Auf das an das Amtsgericht gerichtete Ersuchen des Vorstandes einer Baugewerksberufsgenossenschaft um die Vernehmung von Zeugen finden die §§ 157 ff. keine Anwendung, da sie nur für die Ausübung der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gelten (§ 2 EGGVG.), während vorliegend das Ersuchen des Vorstandes zwecks Ausübung der ihm obliegenden Verwaltungstätigkeit erfolgt ist. Die Gerichte haben, soweit sie nach § 144 GewUVG. um ihren Beistand ersucht werden, diesen als Organe der Justizverwaltung zu leisten. Gegen einen ablehnenden Bescheid *ist* daher nur Beschwerde im Dienstaufsichtswege zulässig. Übereinstimmend OLG. **13** 2, Schl. HolstAnz. **06** 234 (KG.). AA. OLG. **12** 186 Anm. 1, **13** 3, SchlHolstAnz. **06** 235 (Breslau), OLG. **13** 304 (Frankfurt), die unter Bezugnahme auf Art. 130 PrFGG. und § 87 PrAGBGB. das Amtsgericht angewiesen haben, das Ersuchen des Vorstandes in vollem Umfange, auch soweit es die Beeidigung des zu vernehmenden Zeugen oder Sachverständigen betrifft, zu erledigen. (Vgl. auch JDR. **3** II Ziff. 1 u. 2).

3. OLG. **12** 184 (Celle). Von Rechtshilfe kann begrifflich nur dann die Rede sein, wenn die Vornahme der Amtshandlung, um die ersucht wird, an sich Sache des ersuchenden Gerichts ist. Denn nur dann läßt sich sagen, daß dieses sich der *Hilfe* des anderen Gerichts bei Erledigung seiner Dienstgeschäfte bedient. Fordert ein Nachlaßgericht ein Vormundschaftsgericht auf, für die eventuellen Nachkommen einer Testamentserbin „einen Pfleger gemäß § 1913 BGB. zur Mitteilung des Testaments und Wahrung der diesbezüglichen Rechte zu bestellen und den Namen mitzuteilen", so soll das Vormundschaftsgericht als solches in Tätigkeit treten, nicht etwa nur eine dem Nachlaßgericht obliegende Amtshandlung vornehmen. In einem solchen Falle liegt nur eine an das Vormundschaftsgericht gerichtete Anregung vor, über die dem letzteren die durch § 159 nicht beschränkte selbständige Entscheidung zusteht. (Vgl. JDR. **1** § 158, **3** § 157 Ziff. 1.)

§ 158. 1. *Josef*, BadRpr. **06** 1. Das von den badischen Amtsgerichten beobachtete Verfahren, das Ersuchen außerbadischer Amtsgerichte um Rechtshilfe in Nachlaßsachen an die Notariate abzugeben, ist nicht gerechtfertigt.

2. HessRspr. **6** 21 (Darmstadt). Die Zuständigkeit des *Amts*gerichts als ersuchten Gerichts ist eine ausschließliche; sie ist auch dann begründet, wenn der zu Vernehmende in seinen sonstigen Beziehungen (als Haupt einer standesherrlichen Familie) einen privilegierten Gerichtsstand genießt.

§ 159. I. *Prozeß.* **a)** R. **06** 255 (Posen). Wenn das Prozeßgericht die uneidliche Vernehmung eines Zeugen angeordnet hat, um ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts daraufhin zu prüfen, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint, darf das um die Vernehmung des Zeugen ersuchte örtlich zuständige Amtsgericht die Rechtshilfe nicht verweigern. (Vgl. JDR. **1** §§ 157 ff. Ziff. 5.) **b)** OLG. **12** 186, ElsLothJZ. **06** 263 (Colmar). § 159 hat solche Ersuchen im Auge, die der Bestimmung

der ZPO. entsprechen. Daher kann das Prozeßgericht für die Ausführung des Beweisbeschlusses nicht eher die Hilfe eines ersuchten Gerichts in Anspruch nehmen, als bis es der Verpflichtung genügt hat, diesem die für die Leistung der Rechtshilfe vorgeschriebenen Unterlagen zu beschaffen (Delius, Rechtshilfeverfahren 20). Ein Beweisbeschluß, durch den die Parteien „zu den angebotenen Beweisen zugelassen werden" (GruchotsBeitr. **44** 118) oder in dem „die Aufnahme der im Sitzungsprotokoll und in der Klageschrift angetretenen Beweise angeordnet wird" (SeuffA. **47** Nr. 149), würde sich daher zur Erledigung durch ein ersuchtes Gericht nicht eignen. Es ist aber bei einem sich auf zahlreiche Tatsachen erstreckenden Beweisbeschlusse nicht für unstatthaft zu erachten, daß das Gericht, wenn die Behauptungen so präzis gefaßt sind, daß sie unverändert in den Beweisbeschluß übergehen können, zur Vermeidung von Zeitverschwendung und unnützem Schreibwerk von dem zwecklosen Überschreiben dieser Behauptungen in den Beweisbeschluß absieht und durch einen deutlichen Hinweis auf diejenige Stelle der Gerichtsakten ersetzt, an denen sie angetroffen werden können. **c)** OLG. **13** 1 (Breslau). Der um Beweiserhebung ersuchte Richter ist zur Rechtshilfe nur dann verpflichtet, wenn die Beweiserhebung auf Grund des Beweisbeschlusses selbst geschehen kann. Es ist jedoch unter Berücksichtigung der jedesmaligen Sachlage zu prüfen, ob auch ohne wörtliche Aufnahme der Parteibehauptungen in den Beschluß infolge dessen besonderer Fassung der ersuchte Richter in der Lage ist, eine sachdienliche Beweiserhebung vorzunehmen. **d)** HessRspr. **7** 34 (Darmstadt). Der ersuchte Richter darf das Ersuchen um Erledigung eines Beweisbeschlusses ablehnen, wenn dieser nicht ordnungsmäßig ergangen ist. Dies ist der Fall, wenn ein außerhalb der Sitzung erlassener Beweisbeschluß nur von dem Vorsitzenden unterschrieben worden ist. **e)** R. **06** 190 (Jena). Ein Amtsgericht darf das Ersuchen eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts um Vernehmung eines Zeugen nicht wegen Mangels örtlicher Zuständigkeit ablehnen, wenn der Zeuge nach der Beweisanordnung in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verzogen ist. (Vgl. JDR. **3** Ziff. I 2.) **f)** OLG. **13** 305 (Cassel). Ist — von dem Falle des § 405 ZPO. abgesehen — in einem Beweisbeschluß der zu vernehmende Sachverständige nicht so genau bezeichnet, daß daraus die zu vernehmende Person mit Sicherheit zu erkennen ist, so kann das Ersuchen abgelehnt werden. **g)** ElsLothJZ. **06** 244 (Colmar). Dem ersuchenden Gericht steht keine Prüfung darüber zu, ob ein Justizanwärter, der in einem bürgerlichen Rechtsstreit vom ersuchten Gericht zur Protokollführung bei Abhaltung eines Zeugenverhörs ad hoc beeidigt worden ist, zur Wahrnehmung des Gerichtsschreiberdienstes gehörig bestellt war. **h)** BuschsZ. **36** 177 (Celle). Eine nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verbotene Handlung ist das Ersuchen eines Verwaltungsgerichts um Vernehmung einer Partei oder ihrer gesetzlichen Vertreter als Zeugen. **i)** **RG.** JW. **06** 716. Wenn dem um die Vollstreckung eines Urteils im Wege der Rechtshilfe ersuchenden Gerichte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der zur Vollstreckung notwendigen Vollstreckungsklausel fehlen (wie z. B. dem Patentamt), ist es Sache des Vollstreckungsgerichts, die Klausel zu erteilen.

II. Grundbuchsachen. **a)** FrankfRundsch. **39** 257, R. **06** 1381 (Frankfurt). Zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen Rechtshilfe zu leisten ist, gehören nicht nur die den Gerichten besonders zur Pflicht gemachten Geschäfte, sondern im weiteren Sinne auch alle diejenigen Maßnahmen, die zur Vorbereitung und Erledigung jener Geschäfte im Interesse der Beteiligten und einer geordneten Buch- und Registerführung zweckmäßig und geboten erscheinen. Das Gesuch, die Löschungsbewilligung einer Gläubigerin entgegenzunehmen, kann daher nicht abgelehnt werden. (Vgl. JDR. **4** Ziff. III.) **b)** PosMschr. **06** 96 (Marienwerder). Das Amtsgericht, das als zuständiges Grundbuchamt

für die Abschreibung von Parzellen von einem Grundbuchblatt gemäß Art. 2 PrAGGBO. bestimmt worden ist, darf um die Vornahme dieser ihm obliegenden Amtshandlung ein anderes Gericht ersuchen.

III. Nachlaß- und Vormundschaftssachen. **a)** OLG. **13** 305 (Dresden). Das Ersuchen des Nachlaßgerichts, ein von dem ersuchten Gericht verwahrtes gemeinschaftliches Testament zu verkünden, kann selbst dann nicht abgelehnt werden, wenn in dem zur Verkündung anberaumten Termin kein Beteiligter erscheint. **b)** OLG. **12** 184 (Dresden). Ein Ersuchen, den Großvater unter sachgemäßer Belehrung zu hören, ob er auf seine gesetzliche Berufung zum Vormunde verzichte, ist zulässig.

§ 160. OLG. **13** 306 (KG.). Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung des Gerichts, das um die Beitreibung einer gegen einen Vormund festgesetzten Ordnungsstrafe ersucht ist, entscheidet in Preußen, weil sich die beteiligten Gerichte hierbei als Verwaltungsbehörden gegenüberstehen (Art. 16 Abs. 2 PrFGG.), die dem Gericht vorgesetzte Dienstbehörde, nicht das OLG.

2. Vgl. o. § 157 Ziff. 1.

§ 167. OLG. **12** 187, SchlHolstAnz. **06** 137 (KG.). Über die Auslegung des Satz 1 herrscht Streit. Einige Schriftsteller nehmen an, daß das örtlich zuständige Gericht über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung endgültig entscheide (Endemann, Zivilprozeß I 162, Keller, GVG. 208, Isenbart-Samter, StPO. zu § 167 GVG. Anm. 159, Laband, Staatsrecht III 392 f.). Eine andere Meinung geht dahin, daß der ersuchende Richter, falls der Amtsrichter des Ortes die Genehmigung versage, das Recht der Beschwerde beim vorgesetzten Landgerichte des letzteren habe, welches die Genehmigung ergänzen könne. (So Hauck, GVG. 202.) Nach einer dritten Ansicht ist die Erteilung der Zustimmung ein Akt der Rechtshilfe, und demgegenüber soll das OLG., zu dessen Bezirk das ersuchte Gericht gehört, die von diesem verweigerte Zustimmung erteilen können. (Vgl. Wilmowski-Levy zu § 167 Anm. 1b, Struckmann-Koch Anm. 4, Delius, Rechtshilfeverf. 24 f.). Die vierte und gegenwärtig vorherrschende Meinung endlich erblickt er in der Erteilung der Zustimmung einen Akt der Justizverwaltung und läßt gegen die Weigerung des örtlich zuständigen Amtsgerichts die Aufsichtsbeschwerde zu. (Vgl. Stenglein, StPO. zu § 167 GVG. Anm. 3, Löwe-Hellweg zu § 167 Anm. 3, Dorner, FGG. § 2 Anm. VIIIb). Das KG., das in seiner früheren Praxis der dritten Ansicht gefolgt ist, schließt sich unter ausführlicher Begründung der vierten an.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170. 1. **RG.** JW. **06** 794. In der Anordnung des Vorsitzenden, daß der Zutritt nur gegen Einlaßkarten gestattet werde, liegt an und für sich keine ungesetzliche Beschränkung der Öffentlichkeit, seine Bestimmung über die Anzahl der auszugebenden Karten beziehentlich der äußerstenfalls zuzulassenden Personen untersteht seinem pflichtmäßigen Ermessen. Dagegen würde eine Auswahl der zuzulassenden Personen dergestalt, daß von vornherein nur bestimmten Personen oder auch nur einem gewissen, aus dem Publikum herausgehobenen, in sich abgeschlossenen Personenkreise der Zutritt gestattet würde, dem Gesetze widersprechen. (Vgl. JDR. 3 § 173 Ziff. 1.)

2. **RG.** JW. **06** 794. Werden in Verfolg einer Anordnung des Vorsitzenden bei Überfüllung des Zuhörerraums neue Zuhörer nicht zugelassen und die Saaltüren zeitweilig geschlossen, so ist der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht verletzt. Das Gesetz erfordert nur, daß der Zuhörerraum, — selbstverständlich soweit er ausreicht — jedermann aus dem Publikum offensteht, abgesehen von den aus §§ 176 und 178 sich ergebenden Einschränkungen, und diesem Grundsatz

ist durch die Anwesenheit einer der Größe des Raumes entsprechenden Zahl von Personen genügt. Die Frage, ob der Zuhörerraum für gefüllt zu erachten ist und welche Maßregeln zur Verhütung der Überfüllung zu ergreifen sind, hat allein der Vorsitzende zu entscheiden (§ 177; vgl. JDR. 3 § 173 Ziff. 1).

§ 178. *Wunderlich, R. **06** 906. Einer Ungebühr vor Gericht macht sich schuldig, wer, des Deutschen mächtig, es ablehnt, in dieser Sprache zu verhandeln. Die Festsetzung einer Ordnungsstrafe dieserhalb setzt, wie jede Bestrafung, außer dem objektivem Sachverhalt ein subjektives Verschulden voraus, d. h. daß der zu Strafende nicht nur der deutschen Sprache soweit mächtig ist, sondern sich dessen auch bei der betr. Verhandlung vor Gericht bewußt ist, trotzdem aber den Gebrauch der deutschen Sprache ablehnt. (Vgl. JDR. 3 Ziff. II b.)

§ 179. 1. PosMschr. **06** 102 (Marienwerder). Eine nach § 179 verhängte Geldstrafe kann für den Fall, daß sie nicht beigetrieben werden kann, in eine Haftstrafe bis zu drei Tagen umgewandelt werden. (Vgl. JDR. 1, 3, 4 a.)

2. R. **06** 1270 (Colmar). Gegen den Beamten, der die Steuerbehörde in der Hauptverhandlung wegen Steuerhinterziehung vertritt, kann eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr verhängt werden.

§ 183. SächsOLG. **27** 70 (Dresden). Die Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß auf Verhängung einer Ordnungsstrafe kann nur nach der Vorschrift des § 569 Abs. 2 ZPO. in Form einer Beschwerdeschrift erhoben werden.

§ 184. 1. OLG. **12** 190 (KG.). Aus § 184 folgt, daß der gegen eine vor Gericht sich ungebührlich verhaltende Person gerichtete Beschluß nur während der öffentlichen Sitzung oder wenn eine Verhandlung vor einem einzelnen Richter außerhalb einer Sitzung stattfindet (§ 182), nur während der Verhandlung und vor Beendigung des Termins erlassen werden darf.

2. RheinA. **102** I 265, RheinARV. **24** 33 (Cöln). Die Veranlassung zur Festsetzung einer Ordnungsstrafe wegen Ungebühr muß in das Protokoll aufgenommen werden. Es genügt nicht die Aufnahme des Beschlusses, auch wenn die Gründe die Veranlassung enthalten. Die Feststellung der Veranlassung muß in dem Protokolle über diejenige Verhandlung erfolgen, während der die Ungebühr begangen ist.

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§ 186. *Wunderlich, R. **06** 906. Fremde Sprachen, auch die polnische, sind in Deutschland mit der deutschen Sprache nicht gleichberechtigt.

§ 191. RG. R. **06** 1445. Auch bei einem Dolmetscher, der in demselben Hauptverfahren und für dieselbe Tätigkeit wiederholt als Dolmetscher zugezogen wird, muß es der erneuten Beeidigung gleichgeachtet werden, wenn er sich auf den in dieser Eigenschaft in einer früheren Hauptverhandlung geleisteten Eid beruft.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. 1. Thiesing, DJZ. **06** 758, regt an, die Ferien nur bei den Kollegialgerichten beizubehalten und bei den Amtsgerichten aufzuheben unter gleichzeitiger Erweiterung ihrer Zuständigkeit durch Zuweisung solcher Sachen, die Ansprüche aus den gewöhnlichen Verkehrsgeschäften des täglichen Lebens zum Gegenstande haben und durchschnittlich genommen sowohl einfach liegen, als auch einer Beschleunigung bedürfen, ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitobjekts.

2. Friedländer, ACivPr. **99** 298, erörtert zur Ergänzung seiner JDR. 4 Ziff. 2 erwähnten Abhandlung die Erledigung der Justiz*verwaltungs*geschäfte während der Gerichtsferien.

3. OLG. **12** 192 (Colmar). ElsLothJZ. **06** 286. Der § 202 ist einerseits keine bloße Ordnungsvorschrift, andererseits ist eine ihn verletzende Entscheidung

nicht von selbst hinfällig. Ein Rechtsmittel gegen einen solchen Verstoß ist aber im GVG. nicht ausdrücklich vorgesehen. Seine Anfechtbarkeit hängt daher davon ab, ob gegen einen Beschluß des Inhalts wie der in den Ferien erlassene ein Rechtsmittel gegeben ist (OLG. 9 440). Hiernach kann das Prozeßgericht den Beschluß einer Ferienkammer, durch den ein Gesuch um Ablehnung eines Sachverständigen für begründet erklärt wird, nicht abändern.

4. **RG.** JW. **06** 716. Alle Wechselsachen, auch die nicht im Wechselprozeß geltend gemachten, sind Feriensachen. Die Frist für die Begründung einer gegen ein nicht im Wechselprozeß ergangenes Urteil eingelegten Revision läuft daher auch während der Gerichtsferien. (Vgl. JDR. **4** Ziff. 5.)

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 11. Häring, WürttZ. **06** 202. § 11 bezieht sich in der Hauptsache nur noch auf Aufgebote in Hinterlegungs- und Fideikommißsachen, hat somit überhaupt nur nebensächliche und jedenfalls keine Bedeutung mehr für die Todeserklärung.

Zivilprozeßordnung.

Vor § 1. 1. Wesen des Zivilprozesses. **a)** Kremer, Zur Konstruktion des Zivilprozesses, GrünhutsZ. **33** 289—358. Der Prozeß ist, als rechtlicher Tatbestand betrachtet, eine Gesamtheit von Rechtshandlungen der Parteien und des Gerichts zur maßgeblichen Feststellung eines Privatrechtsverhältnisses, vom Standpunkte der Rechtswirkung betrachtet, ein einheitliches Rechtsverhältnis der Parteien untereinander und zum Staate. Die eine, begrifflich notwendige Seite des Prozeßverhältnisses, die schon mit der Einreichung der Klage entsteht, ist die Pflicht und Befugnis des Gerichts zur prozeßordnungsmäßigen Erledigung der Klage. Die andere, begrifflich nicht erforderliche Seite besteht in der Abhängigkeit jeder Partei der Gegenpartei gegenüber vom gegnerischen Verhalten, dem „Defensionszwang", der so weit existiert, als das Dispositionsprinzip gilt, im Gegensatze zu dem früheren inquisitorischen Verfahren. — Das Prozeßverhältnis bestimmt sich erst im Laufe des Verfahrens näher durch die einzelnen Prozeßhandlungen von Parteien und Gericht. Aus Klage und weiteren Handlungen ergibt sich erst, was und wie vom Gerichte zu entscheiden ist. Ebenso entsteht z. B. der Klage gegenüber eine Gebundenheit der Partei, zu verhandeln oder kontumaziert zu werden. Ähnlich gegenüber einer Behauptung, einer Eideszuschiebung. So erwachsen aus und neben dem durch die Klage erzeugten Prozeßrechtsverhältnisse bestimmtere einzelne prozessuale Rechtsverhältnisse, bei denen der Richter die Rechtsfolgen zu realisieren hat. Diese prozessualen Einzelrechtsverhältnisse können ebenso wie das Prozeßrechtsverhältnis auf die Form von richterlichen Behandlungspflichten und Parteigebundenheiten, zu handeln oder die Säumnisnachteile zu erleiden, zurückgeführt werden. — Sodann folgt eine Erörterung der verschiedenen aufgestellten Prozeßtheorien und die Demonstration der Theorie des Verf. im einzelnen: Recht und Pflicht, Staat und Rechtsordnung, Pflicht des Gerichts und des Richters, suspensive und resolutive Pendenz des Prozeßverhältnisses, Prozeßvoraussetzungen und Sachbehandlungsvoraussetzungen, schließlich Prozeßhandlungen: Richter- und Parteihandlungen und ihre Anfechtbarkeit, Stoffvortrag und Willenserklärungen, Anträge, Handlungen rein prozessualen Charakters, die Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung erlangen können oder die nur auf den formellen Fortgang des Verfahrens einwirken, Prozeßhandlungen materiell-rechtlichen Inhalts; Prozeßrechts-

geschäfte. **b)** Grosse, BuschsZ. **36** 113—138, erörtert im Anschluß an Hellwig (Klagerecht und Klagemöglichkeit) gegen Pagenstecher, AcivPr. **97** 17 ff. (JDR. **4** § 253 Ziff. 2) Inhalt, Tatbestand und Befriedigug des Rechtsschutzanspruchs des Beklagten und sein Verhältnis zum Klagerechte. Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten ist das gegen den Staat gerichtete Recht, bezüglich eines materiellen, im Wege der Klage vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses eine Festellung bestimmten Inhalts zu verlangen. Jede Klagerhebung, welche α. eine falsche Rechtsanmaßung oder Rechtsbestreitung enthält und β. die Fähigkeit hat, eine Entscheidung über das geltend gemachte Privatrechtsverhältnis herbeizuführen, ruft einen Rechtsschutzanspruch des Beklagten ins Leben. Das Gericht befriedigt den Feststellungsanspruch des Beklagten dann und deswegen sogleich in diesem Prozesse, wenn und weil sich seine Existenz aus der (prozeßordnungsmäßig zulässigen) Prüfung der klägerischen Rechtsbehauptung mittelbar ergeben hat, und zwar aus Gründen der Prozeßökonomie.

2. Vorschläge de lege ferenda. **a)** Schneider, R. **06** 1356, beleuchtet im Hinblick auf die Reform der ZPO. die Mängel des geltenden Rechtes, insbesondere bezüglich der Eideszuschiebung, des Prinzips der Mündlichkeit und des Mangels der Parteivernehmung. **b)** Peters, DJZ. **06** 564 ff. Inwiefern empfiehlt es sich, den deutschen Zivilprozeß nach dem Muster des österreichischen umzubilden?

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vorbemerkung: Die Wertbemessung des Streitgegenstandes hat auch im verflossenen Berichtsjahre wieder zu zahlreichen Streitigkeiten und demgemäß Entscheidungen geführt, teilweise wohl besonders durch die Erhöhung der Revisionssumme veranlaßt. Die Entscheidungen sind meist nur von kasuistischer Bedeutung. Wichtig ist **RG. 61** 92 betreffs des Besitzbegriffs im § 6.

§ 3. 1. Allgemeines. DJZ. **06** 324 (Darmstadt). Schreib- und Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die sich in den Anträgen vorfinden, können mit der Wirkung berichtigt werden, daß der berichtigte Antrag als der für die Wertfestsetzung von Anfang an maßgebende in Betracht zu kommen hat.

2. Grenzfälle gegen §§ 4—9. **a)** Reger, BayRpflZ. **06** 207, führt auf Grund obergerichtlicher Entscheidungen aus, daß bei Klagen auf Aufhebung, Rückgängigmachung oder Nichtigerklärung eines Kaufvertrags über Grundstücke der Wert des Streitgegenstandes gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu erfolgen habe; ebenso bei einer Klage auf Entgegennahme der Rückauflassung. Dagegen ist der Wert des Grundstücks gemäß § 6 ZPO. maßgebend bei Klagen auf Erteilung der Auflassung oder auf Feststellung der Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsakts. Vgl. JDR. **4** § 6 d. **b)** **RG.** JW. **06** 688 Ziff. 8. Bei einer Klage auf „Abnahme" der verkauften Ware ist der Wert des Streitgegenstandes nach dem Interesse des Klägers an der Befreiung von der Last der Aufbewahrung zu schätzen. Ein Streit um den Besitz liegt nicht vor. **c)** OLG. **13** 72 (Celle). Das Nießbrauchsrecht ist kein Recht auf wiederkehrende Nutzungen im Sinne des § 9 ZPO., sondern ein Recht auf fortdauernde und ununterbrochene Nutzung. Anzuwenden ist also § 3. **d)** R. **06** 1440 Ziff. 3432 (München). Der Wert eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs auf die ständige Nutzung oder den Gebrauch einer Sache, insbesondere auf ein Wohnungsrecht, und andererseits die Bekämpfung eines solchen Anspruchs bestimmt

sich nicht nach den für einzelne besondere Arten von Rechten erlassenen Vorschriften der §§ 6—9 ZPO., sondern ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 3 ZPO. vom Gerichte nach freiem Ermessen zu schätzen. **e)** OLG. **13** 72 (Celle). Der Wert des Rechtes auf wiederkehrende Nutzungen ist nach § 9, der eines Rechtes auf dauernde Nutzung (z. B. Nießbrauch, Wohnrecht) ist nach § 3 zu berechnen. Gewährt ein Altenteil Recht auf Wohnung und auf wiederkehrende Leistungen, so ist dementsprechend zur Ermittelung des Wertes teils die eine, teils die andere Berechnungsart zur Anwendung zu bringen.

3. Grundsätze für die Schätzung. **a)** PosMschr. **06** 14 (Königsberg). Bei einer Klage auf Rückgängigmachung eines zwischen den Parteien geschlossenen Grundstückskaufs ist der Streitwert nicht allgemein und ohne weiteres dem Grundstückswert oder -Kaufpreis gleichzustellen, vielmehr in jedem Einzelfall nach Maßgabe des Interesses des Klägers an seinem Klagantrage zu schätzen. Das Interesse des Klägers an der Rücknahme des Grundstücks durch den Beklagten ist nicht ohne weiteres gleich dem Grundstückswert abzüglich der Hypothekenbelastung. **b)** RheinA. **103** II 119 (Düsseldorf). Bei der Klage auf Anerkennung des Erbrechts und Herausgabe der Erbschaft sind Nachlaßschulden und Pflichtteilsansprüche bei der Festsetzung des Streitwerts abzuziehen. Für den einzelnen Miterben kommt nur der seiner Beteiligung an der Erbschaft entsprechende Teil in Betracht. **c)** OLG. **13** 67 (Karlsruhe). Der Streitwert eines Anspruchs auf Rechnungslegung ist nicht gleich dem Werte der Vermögensmassen, auf die sich die Rechnungslegung bezieht, vielmehr nach dem Interesse des Klägers an dieser den Leistungsanspruch vorbereitenden Auskunft zu bemessen. **d)** SeuffBl. **06** 561 (LG. München). Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses nach § 73 HGB. ist ein vermögensrechtlicher und daher gemäß § 3 ZPO. nach freiem Ermessen zu schätzen. Maßgebend ist das Interesse des Klägers an der Ausstellung des Zeugnisses, die Höhe des Gehalts des Antragstellers, die durch Entzug des Zeugnisses erwachsene Schädigung, die Einbuße an Gehalt. **e)** OLG. **13** 66, R. **06** 622 Ziff. 1507 (Colmar). Streitwert bei Widerspruch gegen den Teilungsplan. Maßgebend ist das Interesse des Klägers daran, daß er mit seiner Forderung vor den Beklagten angewiesen werde.

4. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** JW. **06** 169 Ziff. 14, JustdRundsch. **5** 118. Bei einer Klage auf Anerkennung, daß die Beklagten verpflichtet, zwei Hypotheken im Betrage von zusammen 4500 M. auf 6 ½ Jahre zu kreditieren, ist der Wert nach freiem Ermessen auf 500 M. festgesetzt worden, weil die Hypotheken sicher standen, also leicht zu beschaffen waren und es sich um ein Stehenlassen auf 6 ½ Jahre handelte. **b)** WürttJ. **18** 321 (Stuttgart). Bei einer Klage auf Feststellung, daß eine durch 100 000 M. Vertragsstrafe gesicherte Konkurrenzklausel nichtig sei, ist das Interesse des Klägers an der Vornahme der verbotenen Handlung maßgebend. Dieses Interesse braucht nicht dem des Beklagten, nach welchem sich die Höhe der Vertragsstrafe richtet, gleich zu sein. Vorliegendenfalls wurde der Streitwert auf 10 000 M. festgesetzt.

5. Beschwerdeänderung von Amts wegen. RheinA. **103** II 119 (Düsseldorf). Auch bei Entscheidung über eine Beschwerde gegen Festsetzung des Streitwerts kann das höhere Gericht den Streitwert von Amts wegen herabsetzen.

§ 4. 1. Allgemeines. OLG. **13** 67 (Kiel). Eine Forderung ist als Nebenforderung gegenüber einer anderen anzusehen, wenn ihre Existenz begriffsnotwendig durch die Existenz jener anderen Forderung bedingt ist (**RG.** **55** 82). Dieses Verhältnis ist bei einem Anspruch auf Ersatz von Futterkosten wegen Abnahmeverzugs gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegeben.

2. Einzelne Fragen. **a)** **RG.** JW. **06** 202 Ziff. 21. Zoll und Fracht, welche in Verbindung mit der Wandelungsklage ersetzt verlangt werden, sind

Schäden im Sinne des § 4, die als Nebenforderungen geltend gemacht werden. **b)** BadRpr. **06** 355 (Karlsruhe). Bei einer Klage auf Befreiung von einer Verbindlichkeit durch Zahlung an den betr. Gläubiger und auf Zahlung von 10 M. an den Kläger für dessen in dieser Sache vor Klagerhebung gemachten Gänge ist die Forderung von 10 M. eine Nebenforderung, obgleich die Zahlung an eine andere Person erfolgen soll, als die der Hauptforderung.

§ 5. a) OLG. **13** 68 (Naumburg). Der Anspruch auf Leistung und der auf Sicherstellung der letzteren bilden nie „mehrere Ansprüche". **b)** BayRpflZ. **06** 422 ff. (München). Für die Wertsberechnung der Widerklage ist es belanglos, wenn, nachdem die Widerklage bereits für den ganzen ursprünglichen Interessebetrag des Widerklägers erhoben und der Prozeß auf dieser Grundlage in erster Instanz beendet ist, der Kläger eine das Interesse des Widerklägers vielleicht für die Zukunft mindernde Verzichtserklärung abgegeben hat.

§ 6. 1. Besitz. **a)** **RG. 61** 92. Was unter „Besitz" im Sinne des § 6 zu verstehen ist, entscheidet das jeweilig geltende bürgerliche Recht, jetzt also das BGB., nach welchem der Ausdruck „Besitz" alle Arten der tatsächlichen Gewalt über eine Sache umfaßt, den unmittelbaren, wie mittelbaren Besitz, den Eigenbesitz und den Fremdbesitz. **b)** OLG. **13** 69 (Karlsruhe). Bei einer Klage aus dem Eigentum auf Herausgabe des ihm entzogenen Grundstücks in dem ursprünglichen lastenfreien Zustande ist der Wert des Streitgegenstandes gleich dem Werte des Grundstücks. Der Anspruch auf Herbeiführung der Löschung der Hypothek erhöht den Streitwert nicht. **c)** OLG. **13** 69 (Dresden). Der Wert der Sache ist auch bei der Eigentumsklage auf Herausgabe der Sache entscheidend, wie überhaupt bei Klagen, bei denen das Eigentum den Streitgegenstand bildet.

2. Betrag der Forderung. Pfandrecht. **a)** OLG. **13** 70 (Celle). Bei einem Prioritätsstreit unter Pfandgläubigern ist der Streitwert unter entsprechender Anwendung des § 6 dem Wert der geringeren Forderung gleichzusetzen, sofern nicht etwa der Wert des Pfandgegenstandes noch geringer ist. **b)** R. **06** 622 Ziff. 1508 (BayObLG.). Bei der negativen Feststellungsklage bildet den Wert des Streitgegenstandes der Inhalt des durch die Klage bestrittenen Anspruchs des Prozeßgegners; mit diesem Anspruch fällt auch die Revisionssumme zusammen.

§ 7. **RG.** JW. **06** 311 Ziff. 17. Die Anwendung des § 7 ist nicht auf Klagen zu beschränken, die auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Grunddienstbarkeit gerichtet sind; es darf vielmehr, wenn zugleich auf Beseitigung der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit (§§ 1027, 1004 BGB.) geklagt wird, die hieraus dem Beklagten in der Benutzung seines Grundstücks erwachsende Beeinträchtigung bei Bemessung der Wertminderung des dienenden Grundstücks nicht außer Betracht bleiben.

§ 8. 1. R. **06** 248 Ziff. 485 (BayObLG.). Die Bestimmungen des § 8 über die Wertsberechnung bei Klagen aus einem Miet- oder Pachtverhältnis gelten auch für den Fall einer Räumungsklage.

2. OLG. **13** 70 (Kiel). Die „streitige Zeit", welche der Wertbemessung zugrunde zu legen ist, muß lediglich bestimmbar sein. Ist ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Mietvertrag nicht behauptet, so ist bei der Wertfestsetzung die aus der gesetzlichen Kündigungsbefugnis sich ergebende Mindestdauer in Betracht zu ziehen.

§ 9. KGBl. **06** 28, JustdRundsch. **5** 119, OLG. **13** 71 (KG.). Bei Rentenansprüchen, die wegen Körperverletzungen auf Grund eines Vertragsverhältnisses erhoben werden, wird der Streitwert gemäß § 9 nach dem 12 ½ fachen Betrag der Jahresrente bemessen vom KG. (ZivSen. 11), dagegen gemäß § 9a GKG. nach dem 5 fachen Jahresbetrag vom KG. (ZivSen. 14.)

§ 11. R. **06** 754 Ziff. 1814 (Kiel). Das Landgericht ist an eine rechtskräftige Entscheidung des Amtsgerichts, worin es seine Unzuständigkeit ausspricht, dann nicht gebunden, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand in Frage steht.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Besonders zahlreich waren wieder die Entscheidungen über den Gerichtsstand des Erfüllungsorts, unter denen **RG.** R. **06** 622 betreffs der Wandelungsklage bemerkenswert ist. Auch die Frage, ob der Vordruck auf Fakturen betreffs des Erfüllungsorts rechtliche Wirksamkeit hat, ist wieder mehrfach erörtert worden. Hervorzuheben ist noch **RG. 62** 165 über die Freiheit ausländischer souveräner Staaten von der inländischen Gerichtsbarkeit (§ 18).

§ 13. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 209, führt in Anknüpfung an die neue Berliner Gerichtsorganisation aus, daß „Wohnsitz" im Sinne des § 13 nicht identisch sei mit dem Gemeindebezirk, wo die Niederlassung sich befinde, sondern daß er „Wohnsitz im Gerichtsbezirke" bedeute. Daher habe der Berliner nur bei einem der Berliner Gerichte, nämlich in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz habe, den allgemeinen Gerichtsstand.

§ 17. R. **06** 306 Ziff. 753, ElſLothJZ. **06** 471 (Colmar). In erster Linie hat die oHG. ihren allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gericht desjenigen Ortes, in dessen Bezirk ihr durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzter Sitz belegen ist. Mit dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird, braucht sich dieser Sitz nicht zu decken. Der letztere Ort kommt erst in zweiter Linie für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes in Betracht. Eine inländische Zweigniederlassung einer im Ausland domizilierenden oHG. verschafft ihr keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande.

§ 18. **RG. 62** 165, EisenbE. **22** 387, RheinA. **102** II 55, BankA. **5** 252. Nach völkerrechtlichen Grundsätzen sind ausländische souveräne Staaten auch bezüglich rein privatrechtlicher Ansprüche der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen, abgesehen von dinglichen Klagen, die sich auf im Inlande befindliche Immobilien beziehen, und von Fällen, wo sich der fremde Staat der inländischen Gerichtsbarkeit selbst unterworfen hat.

§ 20. *Kuttner, IheringsJ. **50** 529 f. Auch die Klage auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." kann im Gerichtsstand des Aufenthaltsorts erhoben werden, nicht aber die Statusklagen auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft schlechthin".

§ 23. OLG. **13** 73 (Colmar). Bei oHG. ist statt des — nicht vorhandenen — Wohnsitzes der Sitz maßgebend; die Gesellschaft kann jedoch nur einen Sitz haben; als solcher gilt der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, d. i. die Hauptniederlassung.

§ 24. 1. OLG. **13** 76 (KG.). Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand ist auch für solche Klagen begründet, durch welche die Beseitigung einer bestehenden dinglichen Last gegen den formell durch die Eintragung dinglich berechtigten Gläubiger auf Grund eines persönlichen Anspruchs verlangt wird. Vgl. **RG. 15** 387, **20** 400, **35** 365.

2. *v. Harder, ZBlFG. **6** 881—884. Es empfiehlt sich mit Einführung des Reichsgrundbuchrechts in ganz Deutschland die Aufhebung der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes des § 24 ZPO.

§ 25. OLG. **13** 75, HansGZ. **06** Beibl. 79 (Hamburg). Aus § 25 folgt nicht, daß die Klage auf Umschreibung der Hypothek stets im dinglichen Gerichtsstand angestrengt werden könne. Ob dies im einzelnen Falle zulässig ist, entscheidet sich nach § 24 ZPO.

§ 27. 1. OLG. **13** 77, SchlHolstAnz. **06** 99 (Kiel). Nach dem Inhalt des § 27 kann der Erbe ebenso wie der Erbschaftsbesitzer in dem besonderen Gerichtsstand auch denjenigen belangen, der sich für seinen Besitz zwar nicht auf Erbrecht, immerhin aber als Singularsukzessor auf eine letztwillige Verfügung des Erblassers beruft, z. B. auf eine Schenkung auf den Todesfall.

2. *Neumeyer, SeuffBl. **06** 333 ff. Die zu Art. 24 EGBGB. angeführten partikularen Staatsverträge mit den Vereinigten Staaten und mit der Schweiz erklären (in dem dort angegebenen Umfang) für Erbschaftsstreitigkeiten das forum rei sitae für ausschließlich zuständig. Vgl. auch unter EGBGB. Art. 56, ZPO. § 328.

§ 29. 1. Grenzen seiner Anwendbarkeit. **a)** **RG.** BayRpflZ. **06** 15, GruchotsBeitr. **50** 423. Bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, auftragloser Geschäftsführung und anderen im gemeinen Rechte als Quasikontrakte bezeichneten Rechtsverhältnissen greift das forum contractus nicht Platz. Daß die Klage auf Rückforderung einer Leistung, die auf Grund eines nichtigen Vertrags gemacht wurde, da erhoben werden kann, wo der Vertrag zu erfüllen gewesen wäre, bestimmt das Gesetz nicht. **b)** (Vgl. IDR. **4** § 29 ZPO. g.) **RG. 61** 371, RheinA. **102** II 34. Die Verpflichtung aus § 12 Abs. 2 GewUVG. beruht nicht auf einem Vertrage, sondern unmittelbar auf dem Gesetz. Auch wenn die Verpflichtung davon abhängig ist, ob das Arbeitsverhältnis des Verletzten zu den in §§ 1 u. 2 aaO. angeführten gehört, ist nicht die Zuständigkeit des § 29 ZPO. gegeben. **c)** OLG. **13** 78 (Dresden). Für die Aussonderungsklage im Konkurs besteht kein besonderer Gerichtsstand. Wird sie auf die Abrede des Eigentumsvorbehalts bei einem Kaufe gestützt und war für alle Verpflichtungen aus diesem Kaufe ein bestimmter Erfüllungsort vereinbart, so kann auch die Aussonderungsklage beim Gericht dieses Erfüllungsorts erhoben werden.

2. (Vgl. IDR. **4** § 29 ZPO. a, b.) HansGZ. **06** Beibl. 57 (Hamburg). Zur Begründung der Zuständigkeit nach § 29 gehört nur die Behauptung und der Nachweis, daß die streitige Verpflichtung, wenn sie besteht, hier zu erfüllen wäre. Das Bestreiten der Erfüllungspflicht ist kein schlüssiges Bestreiten der Zuständigkeit. Wird aber im Laufe des Prozesses der Klaganspruch in anderer Weise rechtlich begründet, so kann der Beklagte den Mangel der Zuständigkeit wiederum geltend machen.

3. Streitige Verpflichtung. S. a. zu § 269 BGB. **a)** **RG.** PucheltsZ. **06** 139, ElsLothJZ. **06** 96. Unter der streitigen Verpflichtung wird nur eine und zwar die Hauptverbindlichkeit verstanden. Für Nebenverbindlichkeiten ist derselbe Gerichtsstand gegeben, der für die Hauptverbindlichkeit gilt. — Ebenso PosMschr. **06** 54 (Marienwerder). Bei der negativen Feststellungsklage des Käufers ist der Erfüllungsort der Zahlung maßgebend. **b)** SchlHolstAnz. **06** 340 (Kiel). Für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrags ist das Gericht des Ortes zuständig, wo der Kläger im Falle der Rechtsbeständigkeit des Vertrags zu erfüllen haben würde. **c)** OLG. **13** 79 (Hamburg). Als „streitige Verpflichtung" gilt diejenige, bezüglich deren das Urteil verlangt wird. Beantragt der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens einer Vertragspflicht, so ist dies die streitige Verpflichtung. Für eine Feststellungsklage, daß Beklagter den Zwangsvergleich nicht wegen Betrugs anfechten könne, sind dieselben Gerichte zuständig, die zur Entscheidung über eine vom Gläubiger erhobene Klage berufen sind. **d)** OLG. **13** 77 (Hamburg). Klage auf Abnahme der Kaufsache am vereinbarten beiderseitigen Erfüllungsort, obgleich die Sache dem Beklagten schon an seinen Wohnort übersandt ist, zulässig. **e)** **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 103. Bei Klagen auf Aufhebung noch nicht erfüllter Verträge ist die Vertragspflicht des Klägers, bei Klagen auf Aufhebung bereits erfüllter Verträge aber die auf dem geltend ge-

machten Aufhebungsgrunde beruhende Rückerstattungspflicht des Beklagten die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29. Ein Vertrag, nach welchem der Beklagte ein dem Kläger zustehendes Patent in gleicher Weise, wie dieser, ausnutzen darf, ist ein noch nicht voll erfüllter Vertrag. **f)** **RG.** R. **06** 186 Ziff. 332. Bei einer Klage auf Auflösung eines Vertrags, durch den der Kläger sich verpflichtet hat, seinem Gegenkontrahenten die Ausnutzung eines Patentes zu gestatten, bildet diese Verpflichtung, von der der Kläger befreit sein will, die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29, und da dieselbe am Wohnsitz des Klägers zu erfüllen ist, so ist das Gericht dieses Ortes für die Auflösungsklage zuständig. **g)** **RG.** R. **06** 622 Ziff. 1510. Für Klagen auf Rückzahlung des für gelieferte Waren gezahlten Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der Waren und Ersatz des entgangenen Gewinns ist das Gericht der Niederlassung des Käufers zuständig, weil an diesem Orte die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises gegen Zug um Zug erfolgenden Rückempfang der Waren zu geschehen hat. **h)** R. **06** 1201 Ziff. 2877 (Frankfurt a. M.). Bei Entschädigungsklagen wegen Nichterfüllung gilt als „streitige Verpflichtung" diejenige Vertragspflicht, für deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung Ersatz verlangt wird. **i)** KGBl. **06** 74 (KG.). Bei einer Klage des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Verbindlichkeit ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts an dem Orte begründet, wo der Beklagte zur Zeit des Eintritts der im § 775 Ziff. 1 bis 4 BGB. aufgeführten Tatsachen den Wohnsitz hatte.

4. Stillschweigende Vereinbarung des Erfüllungsorts. **a)** KGBl. **06** 74 (KG.). Der einseitige vorgedruckte Vermerk „Erfüllungsort Berlin" auf Kommissionsnoten oder Fakturen ist für den Vertragsgegner nicht verbindlich, weil er erst nach Vertragsschluß ihm zugegangen ist. Wirksam ist dagegen der Vermerk in einem Bestätigungsschreiben oder in einem unterschriebenen Bestellschein. **b)** OLG. **13** 79 (Kiel), 80 (Hamburg). Der Vermerk eines Erfüllungsorts auf der Faktura ist sowohl für den einzelnen Fall, als auch bei stetiger Wiederholung während einer Geschäftsverbindung prinzipiell unerheblich.

§ 32. 1. SächsRpflA. **06** 254, NaumburgAK. **06** 96 (Dresden). Der § 32 versteht unter unerlaubten Handlungen jetzt diejenigen des BGB., also auch die Schädigung durch Tiere (§ 833 BGB.).

2. HansGZ. **06** Beibl. 287 (Hamburg). Die abwehrende Klage des Patentinhabers hat ihren Grund lediglich in dem absoluten Rechte aus § 4 PatG. und wird auch dadurch nicht zu einer Klage aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 32, daß eine wissentliche Verletzung des Patents durch den Beklagten behauptet wird. Auch wenn die Klage auf Unterlassung mit derjenigen auf Schadensersatz verbunden wird, wird für die erstere keine Zuständigkeit begründet.

§ 33. 1. **RG.** JW. **06** 561 Ziff. 31. Die Unzulässigkeit der Widerklage nach § 33 ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Mangel kann vielmehr gehoben werden durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Rügeverzicht gemäß § 295 ZPO.

2. R. **06** 691 Ziff. 1673 (Colmar). Gegenüber einer negativen Feststellungsklage ist eine positive Feststellungswiderklage desselben Inhalts nicht zulässig.

§ 36. 1. OLG. **13** 173 (KG.). Die Voraussetzungen der Ziff. 6 sind auch erfüllt, wenn zwei Landgerichte, von denen das eine zur Entscheidung über eine Beschwerde zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. — Dagegen der Einsender daselbst.

2. FrankfRundsch. **39** 269 (LG. Limburg). Die Ladung zum Sühneversuch gemäß § 510 ZPO. stellt ein „Verklagen" im Sinne der Ziff. 3 nicht dar.

3. v. Harder, ZBlFG. **6** 881 ff. § 36 Ziff. 4 ZPO. ist änderungsbedürftig.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Vorbemerkung: Während das RG. an der Zulässigkeit der Vereinbarung einer ausschließlichen Zuständigkeit festhält, spricht sich OLG. Cassel mit interessanter Begründung dagegen aus.

§ 38. 1. Ausschließlicher Gerichtsstand. **a**) *Bunsen, BuschsZ. **35** 419 Anm. 26. Die Frage, inwieweit die Parteien über die Zuständigkeit des Gerichts bindende Vereinbarungen treffen können, ist in der Richtung streitig, ob diese Vereinbarung lediglich positive Funktion (kompetenzbegründende) oder auch negative Funktion (kompetenzausschließende) hat. Die Frage wird in Übereinstimmung mit RG. SeuffA. **49** Ziff. 269, Kohler (GesBeitr. 272 f.), Wach (Handb. 504 Anm. 3b) gegen Schwalbach (ACivPr. **64** 293 Anm. 54), OLG. Cassel, R. **06** 56 Ziff. 63 im letzteren Sinne beantwortet. **b**) OLG. **13** 81 (Cassel). Die ZPO. läßt die Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstandes durch Vereinbarung nicht zu; denn das Prozeßrecht ist öffentliches Recht in dem Sinne, daß es nur insoweit abgeändert werden kann, als es dies selbst zuläßt. § 38 mit § 40 ZPO. gestattet aber nur, daß ein an sich nicht zuständiges Gericht zuständig gemacht wird. Eine weitergehende Befugnis, das Gesetz abzuändern, legt er den Parteien nicht bei. **c**) RG. GruchotsBeitr. **50** 120. Zur Vereinbarung einer ausschließlichen Zuständigkeit genügt es nicht, daß die Parteien die Unzuständigkeit des gesetzlich zuständigen Gerichts gewollt, sondern sie müssen vereinbart haben, daß mit Ausschluß desselben ein bestimmtes anderes Gericht zuständig sein solle.

2. R. **06** 56 Ziff. 62 (Cassel). Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes kann auch in einem Wechsel getroffen werden.

§ 40. *Kuttner, JheringsJ. **50** 529 f. Prorogatio fori ist zulässig bei Klagen auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716, dagegen unzulässig bei Statusklagen auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

Vorbemerkung: Nur drei Entscheidungen — ein Beweis, daß das Vertrauen zu den Organen der Rechtsprechung nicht im Sinken begriffen ist!

§ 41. Ziff. 6. **a**) OLG. **13** 82 (Hamburg). Ziff. 6 trifft nur die Tätigkeit des erkennenden Richters oder (vgl. RG. **26** 384) die Urteilsfindung. Dazu gehört die Entscheidung über Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Versäumnisurteil und über Anträge auf Sicherung des Beweises nicht. **b**) Lindemann, R. **06** 175 f. Ein Richter, der in erster Instanz bei Erlassung eines Versäumnisurteils mitgewirkt hat, welches demnächst nach Einlegung des Einspruchs und kontradiktorischer Verhandlung von einem mit anderen Richtern besetzten Gericht (also ohne Mitwirkung des erstbezeichneten Richters) aufrecht erhalten worden ist, ist bei der Entscheidung über die gegen dieses letztere Urteil eingelegte Berufung nicht ausgeschlossen.

§ 42. **a**) OLG. **13** 83 (Hamburg). Es bedarf nicht des Nachweises der wirklichen Befangenheit, vielmehr kommt es darauf an, ob vom Standpunkt der Partei aus vernünftige Gründen vorhanden sind, um Mißtrauen gegen den Richter zu hegen. Die Gründe müssen jedoch objektiv geeignet sein, das Mißtrauen zu rechtfertigen. Hierüber ist nach freiem Ermessen zu befinden. **b**) HessRspr. **7** 9 (Darmstadt). Es werden Tatsachen gefordert, die objektiv genügend sind, Mißtrauen zu erwecken. Daß der Richter schon während der Beweisaufnahme seine damalige Ansicht über die schwebende Rechtsfrage kundgetan hat, ist kein Ablehnungsgrund. Auch daß der Richter einem Antrag auf Augenscheinseinnahme nicht stattgegeben, sondern bemerkt hat, er habe privatim

Augenschein genommen, das genüge ihm, begründet nicht die Besorgnis der Befangenheit, sondern höchstens die Berufung wegen Verletzung des § 291 ZPO.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vorbemerkung: Die Judikatur war wenig ergiebig. Praktisch wichtig sind **RG.** BayRpflZ. **06** 208 und OLG. Karlsruhe, BadRpr. **06** 266, über die Namhaftmachung der Gesellschafter einer oHG. (s. § 56).

Vor § 50. *Lux. Über Sachlegitimation im allgemeinen vgl. Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. S. ist zu verstehen als diejenige Beziehung der Parteien zur Sache, welche es bewirkt, daß gerade sie richtige Parteien sind, und zwar die „richtigen" in dem Sinne, daß das Verfahren die ihm zugedachte Wirkung (Verurteilungsklage: Eröffnung der Vollstreckung in ein bestimmtes Vermögen, Rechtsgestaltungsklage: Änderung oder Aufhebung eines bestimmten materiellen Rechtsverhältnisses, Feststellungsklage: Feststellung des den Gegenstand des Prozesses bildenden Rechtsverhältnisses mit materieller Rechtskraft) nur unter den „richtigen" Parteien haben kann (30 f., 70 f., 78 f.). Weil unter anderen als den „richtigen" Parteien auch die Feststellung des Nichtbestehens vom Kläger geltend gemachten Anspruchs mit materieller Rechtskraft unmöglich ist, muß beim Fehlen der S. Abweisung ab instantia erfolgen (101). Ob die S. gegeben ist, wird — ebenso wie bei der Zuständigkeit, **RG. 29** 372, und anderen Voraussetzungen des Sachurteils — im allgemeinen nach den Behauptungen des Klägers entschieden. (Näheres 101 f.) — Im Gemeinschaftsrecht folgt die S. nicht aus dem Verwaltungsrecht (wie im ehelichen Güterrecht), sondern aus dem Verfügungsrecht (32 f.). — Kritik der von Stein (Gaupp II vor § 50) angenommenen Hellwigschen Begriffe der S. und des Prozeßführungsrechts 27 f.

§ 50. 1. BadRpr. **06** 249 (Karlsruhe). Eine Kirchengemeinde, ein Jahrzeitenfonds und eine Pfarrkirche sind in Baden rechts-, also parteifähig. Sie werden vom katholischen Oberstiftungsrat vertreten.

2. BadRpr. **06** 121 (Karlsruhe). Die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins können im Prozeß gegen diesen Verein als solchen als Zeugen eidlich vernommen werden.

§ 51. *Schultzenstein, BuschsZ. **35** 478 f. Nach dem geltenden positiven Rechte werden im Zivilprozesse die juristischen Personen und die parteifähigen Personengemeinschaften und Vermögensmassen den handlungsunfähigen und deshalb prozeßunfähigen natürlichen Personen und ihre Organe den gesetzlichen Vertretern dieser Personen gleich behandelt. Ein gesetzlicher Vertreter wird niemals zur Partei, namentlich nicht persönlich von der Wirkung des Urteils oder des sonstigen Schuldtitels in der Sache selbst oder im Kostenpunkte betroffen.

§ 52. **RG.** R. **06** 691 Ziff. 1674. Der Prozeßrichter hat die Prozeßfähigkeit der Parteien selbständig festzustellen, ohne an Beweiserbieten der Parteien gebunden zu sein; von einer Beweislast der einen oder der anderen Partei kann daher keine Rede sein.

§ 56. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 208. Namentlich bei einem aus unerlaubter Handlung gegen eine offene Handelsgesellschaft erhobenen Anspruch kann die Namhaftmachung der vertretungsberechtigten Gesellschafter erforderlich werden.

2. BadRpr. **06** 66 (Karlsruhe). Wenn eine oHG. klagt oder verklagt wird, sind die nach außen vertretungsberechtigten Gesellschafter als gesetzliche Vertreter zu erachten und daher vor der Urteilsfällung dem Gericht zu benennen.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die gründliche Arbeit von Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. Wichtig sind **RG. 61** 394 und **RG. JW. 06** 338 über die Zustellung der Berufungsschrift durch bzw. an einen von mehreren notwendigen Streitgenossen.

§ 61. (Vgl. JDR. 4 § 62 ZPO. b.) BayObLG. 6 449. Die von einem Streitgenossen ausgehende Zustellung des Urteils setzt die Rechtsmittelfrist nur für ihn und die Gegenpartei, nicht für oder gegen die anderen Streitgenossen in Lauf.

§ 62. 1. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, beschäftigt sich ausschließlich mit der echten, d. i. „aus einem sonstigen Grunde" notwendigen Streitgenossenschaft. Es sind das die Fälle, in denen die Einzelklage wegen Mangels der alleinigen Aktiv- oder Passivlegitimation der Abweisung unterliegt. Hierher gehören u. a. a) von Verurteilungsklagen (deren Grundsätze auch für den Urkunden- und Wechselprozeß, das Mahn- und Arrestverfahren maßgebend sind) die Klagen der Gesellschafter einer nach § 705 BGB. eingegangenen Gesellschaft (Mitreeder, Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins) wegen der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Ansprüche; die Klagen der Ehegatten und Abkömmlinge nach Beendigung der Gütergemeinschaft (§§ 1472, 1487, 1519, 1549, 1557 BGB.); nicht die Verurteilungsklagen eines Miterben (§ 2039 BGB.); die Klagen gegen Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes, Ehegatten im Falle des § 1472 oder Miterben auf Leistung „aus dem gemeinschaftlichen Vermögen" (§§ 736, 743, 747 ZPO., § 2059 Abs. 2 BGB.), nicht also die Klagen, mit denen eine Haftung der Gesamthänder mit ihrem besonderen Vermögen geltend gemacht wird (z. B. Vertragsschulden der Gesellschafter, Nachlaßschulden gemäß §§ 2058, 2059 Abs. 1, Gesamtgutsverbindlichkeiten als persönliche Schulden gemäß § 1459); die Wandelungsklage mehrerer Käufer oder gegen mehrere Verkäufer (näheres zu § 467 BGB.); die Teilungsklage bei Gemeinschaft nach Bruchteilen und Erbengemeinschaft (s. zu §§ 749, 2042 BGB.) und im Falle der §§ 1066 Abs. 2, 1258 Abs. 2 Satz 1 BGB.; die Klage auf Herausgabe der für mehrere hinterlegten Sache (§ 1082 BGB.); nicht die Klagen aus §§ 369 Abs. 2, 432, 1011, 2039 BGB. b) Die Rechtsgestaltungsklagen aus §§ 117, 127, 133, 140, 161 HGB., 660 Abs. 1, 2048 Satz 2 BGB., 632 Abs. 2 ZPO.; Gläubiger- und Konkursanfechtungsklage, sofern für die entsprechende Verurteilungsklage exc. plurium litis consortium gilt; die Klagen von und gegen Gesamthänder (Hauptausnahme § 1443 BGB.); Klagen gegen Eheleute im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung (77 f.); die „Festsetzungsklagen" der §§ 315, 319, 343 usw. BGB. sind ähnlich wie Feststellungsklagen zu behandeln (74 f., 78). c) Feststellungsklagen immer nur, sofern sie eine gemeinschaftliche Berechtigung betreffen, und zwar α. F. über Ansprüche oder Rechte auf Konstitutivurteil im gleichen Umfange wie die entsprechende Verurteilungs-(Rechtsgestaltungs)klage, β. F. über andere Rechte („Handlungsrechte", z. B. Kündigungs-, Rücktrittsrecht), wenn das Recht von mehreren gemeinsam auszuüben und noch nicht ausgeübt ist (z. B. §§ 356, 502, 513, 1077 BGB.) exc. plurium litis consortium für die Feststellung der von dem „Handlungsrecht" abhängenden Ansprüche (Rechte auf Konstitutivurteil) gilt. Näheres 93 f., speziell über Gemeinschaften zur gesamten Hand 98 f. — Außer beim Anerkenntnisurteil ist die N. d. Str. von Amts wegen zu beachten; sie führt zur absolutio ab instantia der Einzelklage (s. vor § 50); die Beweislast hat der Kläger, wenn nicht die N. d. Str. darauf gestützt wird, daß abweichend vom Gesetz, z. B. §§ 420, 132 BGB. Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung oder Haftung vereinbart sei.

2. Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft. **a)** **RG.** BadRpr. **06** 117. Die Klage wegen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kann in der Regel gegen den einen Beteiligten allein gerichtet werden, ohne daß es der Beiziehung desjenigen bedarf, unter dessen Mitwirkung das nichtige Geschäft zustande gekommen ist. **b)** BraunschwZ. **06** 141 (Braunschweig). Notwendige Streitgenossenschaft, wenn mehrere Miterben die Klage aus § 861 BGB. erhoben haben, wiewohl einer von ihnen gemäß § 2039 BGB. allein hätte klagen können. **c)** HessRspr. **7** 89 (Darmstadt). Bei einem Vindikationsanspruch sind mehrere Miteigentümer nach Artt. 883, 2205 C. c. notwendige Streitgenossen.

3. HessRspr. **6** 161 (Darmstadt). Wenn auch die Erhebung gesonderter Klagen zulässig war, so ist eine notwendige Streitgenossenschaft doch dann anzunehmen, wenn ein streitiges Rechtsverhältnis in demselben Prozeß und unter den gleichen Voraussetzungen allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (vgl. JW. **98** 113 Ziff. 8).

4. Berufung bei notwendiger Streitgenossenschaft. **a)** (Vgl. JDR. **4** § 61 ZPO.) **RG. 61** 394. Bei notwendiger Streitgenossenschaft auf seiten der Berufungsbeklagten muß die Berufung innerhalb der Notfrist gegen alle Streitgenossen gerichtet werden. Eine Stellvertretung eines Streitgenossen durch den anderen kann nur bei Einlegung der Berufung durch einen Streitgenossen, nicht aber gegen ihn, angenommen werden. Ebenso HessRspr. **6** 161 (Darmstadt). **b)** **RG.** JW. **06** 338 Ziff. 17. Wenn das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, ist die Berufung bezüglich aller Streitgenossen wirksam, wenn einer der Streitgenossen Berufung einlegt und die Berufungsschrift den anderen Streitgenossen zustellt.

5. OLG. **13** 83 (KG.). Die Vertretung der säumigen Streitgenossen durch die nicht säumigen erstreckt sich nicht auf Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis. Wenn einer von mehreren notwendigen Streitgenossen den Klageanspruch anerkennt, so ist auf Antrag des Klägers gegen ihn das Anerkenntnisurteil zu erlassen, ohne daß auf die materielle Seite der Sache einzugehen wäre.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung ist reich an wichtigen und interessanten Entscheidungen, so insbesondere **RG. 61** 241 über die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Hauptintervention, **RG. 61** 286 und GruchotsBeitr. **50** 697 über die Zurücknahme der Nebenintervention, sowie **RG.** JW. **06** 339 und OLG. Stuttgart, WürttZ. **17** 223, über die Rechtskraft der Urteilselemente im Verhältnis von Nebenintervenient und Hauptpartei.

§ 64. 1. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 104. Die Hauptintervention begründet eine echte Notw. d. Streitgen. nicht.

2. **RG. 61** 241. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Hauptintervention sind nach § 64 lediglich die drei prozessualen Tatsachen, daß ein Streit zwischen anderen Personen rechtshängig geworden, daß dieser Rechtsstreit noch nicht rechtskräftig entschieden ist; und daß der Hauptintervenient die Sache oder das Recht, worüber der Rechtsstreit schwebt, ganz oder zum Teil für sich in Anspruch nimmt.

§ 66. 1. Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft vgl. Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 105.

2. Allgemeines. **RG.** JW. **06** 562 Ziff. 32. Der Nebenintervenient ist nicht gesetzlicher Vertreter der Hauptpartei, sondern Gehilfe kraft eigenen Rechtes und mit der Folge, daß seine prozessualen Schritte dieselbe Wirkung haben, wie wenn sie von der Hauptpartei vorgenommen wären. Die Zulässigkeit seiner Handlungen entfällt aber, wenn sie mit dem rechtlichen Endzweck der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Hauptpartei unvereinbar sind, insbesondere

wenn der Nebenintervenient sich die Stellung des Hauptintervenienten anmaßt. In Betracht kommt aber nur der wirkliche, in den prozessualen Akten verkörperte Wille. Keine unzulässige Handlung, wenn ein Nebenintervenient, dem die Klageforderung zur Einziehung überwiesen ist, im eigenen Namen, aber als Nebenintervenient, Berufung einlegt, die unterstützte Partei nicht lädt, ihr auch die Berufung nicht zustellt und Herausgabe der streitigen Sachen zu ihren eigenen Händen beantragt.

3. Schönfeld, R. **06** 176 f. Jede, nicht bloß die gütergemeinschaftliche, Ehefrau besitzt ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen ihres Ehemanns und kann in einem Rechtsstreite gegen den Mann als Nebenintervenientin beitreten. Das rechtliche Interesse folgt sowohl aus § 1360 BGB. wie aus § 740 ZPO. neben § 1362 BGB. und § 771 ZPO. Die Frau muß im Notfalle ihr Interesse gegen den Gläubiger des Mannes wahren, um die Gefährdung des Unterhalts und des Vermögens zu beseitigen.

4. **RG.** R. **06** 307 Ziff. 755. Nebenintervention durch den Mitbeklagten zugunsten der Klagepartei ist zulässig, wenn in einem rechtskräftigen Teilzwischenurteil der Mitbeklagte dem Grunde nach verurteilt wurde.

5. **RG. 61** 286. Die Nebenintervention ist ein Recht, nicht eine Pflicht des Nebenintervenienten; daher kann er sie jederzeit wieder aufgeben, auch ohne Einwilligung der unterstützten Partei. Im Verhältnis zur gegnerischen Partei ist er dann als unterliegend anzusehen und hat in entsprechender Anwendung der §§ 271, 515, 566 ZPO. die durch die Nebenintervention entstandenen Kosten zu tragen. Die Zurücknahme erfolgt durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder durch Zustellung eines Schriftsatzes. Der Nebenintervenient kann sodann der Gegenpartei beitreten. — Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **50** 697, BadRpr. **06** 228. Vgl. JDR. **4** § 66 ZPO. c, § 271 1a.

§ 67. 1. R. **06** 939 Ziff. 2257 (Colmar). Auch derjenige Nebenintervenient, der nicht nach § 69 ZPO. als Streitgenosse der Hauptpartei gilt, kann von ihr die Erlassung des Versäumnisurteils abwenden, da er sich zwar nicht mit deren ausdrücklichen Erklärungen, wohl aber mit ihren Unterlassungen in Widerspruch setzen darf.

2. Rechtsmittel. **a)** OLG. **13** 84, DJZ. **06** 152 (Hamburg). Der Nebenintervenient kann dem Gegner die ergangenen Urteile zustellen. Er bewirkt dadurch den Beginn des Laufes der Rechtsmittelfrist für den Gegner, aber nicht für die unterstützte Partei. **b)** BayObLG. **6** 449. Der Nebenintervenient ist nach Maßgabe des § 67 zur Einlegung von Rechtsmitteln für die Hauptpartei befugt. Er hat dann auch die unterstützte Partei zur Verhandlung vor das Berufungsgericht zu laden. Die Ladung braucht aber nicht innerhalb der Berufungsfrist zu erfolgen und es kann auf sie von der unterstützten Partei verzichtet werden, was durch Erscheinen im Termin ohne Rüge anzunehmen ist. **c)** RheinA. **102** I 222 (Cöln). Soweit das Urteil sich gegen den Nebenintervenienten selbst richtet, ist zwar seine Berufung im eigenen Namen zulässig, jedoch nicht, wenn sie lediglich seine Verurteilung im Kostenpunkt betrifft. Maßgebend für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist der Inhalt der Berufungsschrift.

3. Widerklage. PosMschr. **06** 120 (Posen). Der Nebenintervenient kann nicht Ansprüche aus eigenem Rechte verfolgen, also keine Widerklage erheben.

4. OLG. **13** 86 (Naumburg). Wenn der Kläger Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an ihn, Kläger, beantragt, kann der als Nebenintervenient auftretende Zessionar nicht Zahlung an sich selbst verlangen, weil er damit dem Antrage der unterstützten Partei widerspricht. Beantragt er aber eventuell Verurteilung zur Zahlung an den Kläger, so kann der Beklagte aus der Abtretung

keinen Einwand gegen den Antrag des Klägers herleiten, weil der Zessionar mit ihm einverstanden ist.

§ 68. 1. **a)** **RG.** JW. **06** 339 Ziff. 18, R. **06** 565 Ziff. 1315. § 68 enthält eine Erweiterung der in den §§ 325 und 322 ZPO. gegebenen Vorschriften über die Rechtskraft der Urteile. Es folgt aus ihm, daß sich die Wirkung der Entscheidung gegenüber dem Nebenintervenienten über das Gebiet der formalen Rechtskraft hinaus auch auf die in den Entscheidungsgründen festgestellten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen (Elemente) der Entscheidung, also auf die Begründung erstreckt, soweit sie die notwendige Voraussetzung der Entscheidung bildet. **b)** Ebenso RheinA. **103** I 59 (Cöln). **c)** WürttJ. **17** 223 (Stuttgart). Im Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei ist die Entscheidung des Vorprozesses nicht bloß insoweit maßgebend, als ihre formale Rechtskraft reicht, sondern es ist auch an ihren tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen festzuhalten. (Ebenso **RG. 45** Nr. 90.) Auch die Geltendmachung solcher neuer Verteidigungsmittel ist ausgeschlossen, die der Beklagte im Vorprozeß als Nebenintervenient hätte geltend machen können. Nur solche Einwendungen sind zulässig, die mit der Entscheidung im Vorprozeß nicht unverträglich sind.

2. R. **06** 446 Ziff. 1093 (Stuttgart). Die Streitverkündung muß, um die Wirkung des § 68 zu haben, so zeitig geschehen, daß der Litisdenunziat in der Lage ist, bei ungesäumter Vornahme der zum Beitritt erforderlichen Prozeßhandlungen noch wirksam in den Rechtsstreit einzugreifen.

§ 70. DJZ. **06** 89 (BayObLG.). Die Beitrittserklärung ist beiden Parteien zuzustellen; erst mit der letzten Zustellung ist der Beitritt bewirkt. Auf die Beobachtung dieser Formvorschrift kann von den Parteien verzichtet werden. Die Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten, die er vor dem Beitritt vorgenommen hat, ist von dem nachträglichen Beitritt abhängig.

§ 71. 1. OLG. **13** 84 (Dresden). Die ZPO. kennt keine zeitliche Begrenzung des Antrags auf Zurückweisung einer Nebenintervention. Der § 295 ZPO. findet keine Anwendung auf diesen Antrag. Wohl aber ist stillschweigender Verzicht auf das Antragsrecht anzunehmen, wenn der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung, woran der Nebenintervenient teilgenommen, in Kenntnis der Sachlage eine Rüge gegen den Beitritt nicht erhoben hat. Der Widerspruch ist aber doch noch zulässig für den Fall, daß das ursprünglich vorhandene rechtliche Interesse des Nebenintervenienten am Rechtsstreit erlischt oder irrtümlich als gegeben angenommen worden war.

2. (Vgl. JDR. **4** § 71 ZPO.) BayObLG. **6** 449. Enthält ein Urteil eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Nebenintervention und zugleich eine Entscheidung über das von dem Nebenintervenienten eingelegte Rechtsmittel, so findet gegen das Urteil, soweit es über die Zulässigkeit der Nebenintervention entscheidet, die sofortige Beschwerde, gegen den sonstigen Inhalt des Urteils aber die Revision statt.

§ 72. RheinA. **103** I 59 (Cöln). Der Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung muß von dem Unterliegen des Streitverkünders rechtlich abhängen. Nur wenn der Anspruch wirklich besteht, hat die Streitverkündung die Folgen aus §§ 74 Abs. 3 und 68 ZPO.

§ 75. 1. **RG.** JW. **06** 429 Ziff. 14, R. **06** 1083 Ziff. 2521. Der Mangel eines förmlichen Antrags des eintretenden Streitverkündeten, ihm den Betrag zuzusprechen, kann für die Fortsetzung des Rechtsstreits zwischen ihm und dem Kläger ein Hindernis nicht bilden. Das Erfordernis förmlicher Antragstellung ist weder ausdrücklich im § 75 ausgesprochen, noch dem Sinne und Zweck desselben als ausnahmslose Regel zu entnehmen.

2. OLG. **13** 87, BadRpr. **06** 181 (Karlsruhe). Das die Entlassung aussprechende Urteil ist ein Endurteil und mit der Berufung anfechtbar. — Die Identität im Sinne des § 75 wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß mehrere Prätendenten über die Aktivlegitimation zu der Forderung streiten. Die Forderung wird vielmehr als vom Subjekt losgetrennt gedacht.

3. OLG. **13** 88, HansGZ. **06** Beibl. 165 (Hamburg). Der aus dem Streit entlassene Beklagte ist bezüglich der Sache selbst nicht mehr Prozeßpartei, wohl aber bezüglich der ihm auferlegten Kosten. Er kann demnach gegen die ihn betreffende Kostenentscheidung die sofortige Beschwerde gemäß § 99 Abs. 3 ZPO. einlegen.

4. OLG. **13** 88 (Hamburg). Beklagte hat den F. aufgefordert, dem Streite „zur Unterstützung der Beklagten beizutreten". F. hat darauf in einem zugestellten Schriftsatz und in der mündlichen Verhandlung erklärt, „dem Prozesse beitreten zu wollen". Darin liegt nur die Vornahme einer Nebenintervention, nicht der Eintritt in den Prozeß gemäß § 75.

§ 76. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 55. Der vom Pfandeigentümer auf Pfandherausgabe beklagte Pfandgläubiger kann den Verpfänder benennen. Die Zustimmung des Klägers zur Übernahme des Rechtsstreits ist nicht erforderlich.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Vorbemerkung: Bemerkenswert ist OLG. **13** 90 (Cassel) über die Ausdehnung der Vollmacht über den erhobenen Anspruch hinaus, sowie die widersprechenden Begründungen der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung gemäß § 89 seitens des KG.

§ 80. 1. Ermel, DJZ. **06** 481. Mit dem Worte „Abgabe" hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, die Vollmacht soll bei den Akten verbleiben. — Dem Antrag eines Prozeßbevollmächtigten, ihm seine Vollmacht aus den Akten zurückzugeben, ist nicht stattzugeben.

2. KGBl. **06** 87 (LG. I Berlin). Im amtsgerichtlichen Prozeß genügt der Nachweis der Bevollmächtigung durch Hinweis auf eine in den Generalakten des Gerichts befindliche Generalprozeßvollmacht.

§ 81. 1. OLG. **13** 90, R. **06** 186 Ziff. 333 (Cassel). „Rechtstreit" im Sinne des § 81 bedeutet den Prozeß in seiner virtuellen, rechtlich möglichen objektiven und subjektiven Ausdehnung. Der Anwalt kann daher auf Grund seiner Vollmacht, ohne die zulässige Klageerweiterung vorzunehmen, einen Vergleich über den erweiterten Anspruch schließen.

2. R. **06** 56 Ziff. 65 (Naumburg). Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Anwalt nicht zur Wiederinempfangnahme einer für seine Partei durch ihn behufs Erlangung der Vollstreckbarkeit des Urteils hinterlegten Sicherheit.

§ 83. OLG. **13** 89 (Karlsruhe). Wenn der Anwalt, was sehr häufig vorkommt, seinen Vollmachtsformularen die Beschränkung des § 83 Abs. 1 beifügt, so folgt daraus, daß er die Prozeßvollmacht regelmäßig nur in diesem Umfang entgegennehmen will. Dann gilt die Vollmacht aber auch, wenn sie zunächst nur mündlich erteilt und auf einen Vergleich nicht besonders bezogen ist, als in dem beschränkten Umfang erteilt.

§ 87. BayRpflZ. **06** 324 (München). § 87 setzt nicht voraus, daß ein gültiger Vollmachtsvertrag vorliegt. Vielmehr ist dies im Landgerichtsprozeß ohne Rüge des Gegners gar nicht zu prüfen.

§ 89. 1. Vgl. Görres, Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht, BuschsZ. **35** 313 ff., insbesondere 389 ff.

2. DJZ. 06 267 (BayObLG.). Der mit einem nicht bevollmächtigten Vertreter abgeschlossene Vergleich wird, auch ohne daß der Vertreter nach § 89 zur Prozeßführung zugelassen ist, durch die nachfolgende Genehmigung des Vertretenen auch gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. wirksam. Der Vollstreckbarkeit steht es nicht entgegen, daß die Genehmigung des Vertretenen sich nicht aus dem Vergleichsprotokoll ergibt.

3. OLG. 13 91 (KG.). Die durch die Zulassung erwachsenen Kosten fallen nicht etwa notwendig mit den Kosten des Rechtsstreits zusammen, weil schon vorher regelmäßig Kosten entstanden sein werden.

4. a) OLG. 13 91, SchlHolstAnz. 06 263 (KG.). Gegen die Entscheidung, welche dem vollmachtlosen Prozeßvertreter die durch seine Zulassung erwachsenen Prozeßkosten auferlegt, ist gemäß § 99 Abs. 3 ZPO. die sofortige Beschwerde gegeben, da es im Verhältnis zwischen dem einstweilen Zugelassenen und dem Gegner überhaupt keine Hauptsache gibt. b) OLG. 13 111 (KG). Gegen diese Kostenentscheidung ist die sofortige Beschwerde gegeben, aber nicht auf Grund des § 99 Abs. 3 ZPO., sondern in Analogie des § 102 und der §§ 71, 135, 387 ZPO., weil es in der Natur der Sache liegt, daß Dritten, die durch Entscheidungen des Gerichts derartig in ihrem Vermögen betroffen werden, ein Rechtsmittel zu Gebote stehen muß. (Ebenso **RG. 53** 70.)

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Die Literatur war etwas reichlicher, wenn auch noch gering im Hinblick auf die vielen wichtigen Fragen. Hervorzuheben ist Görres, Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden. In der sehr reichhaltigen Judikatur spielen wieder das sofortige Anerkenntnis gemäß § 93, sowie der § 99 eine große Rolle. Interessant sind die widersprechenden Entscheidungen der verschiedenen Senate des OLG. Dresden über die Erstattungsfähigkeit der sog. Zahlgebühr und die Ausführungen Mayers hierzu.

§ 91. I. Grundlagen des Kostenerstattungsanspruchs. 1. Görres, BuschsZ. 35 313 ff., behandelt die „Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht". Er untersucht das Veranlassungsprinzip nach seiner Natur und Wirksamkeit im Prozeß und findet es in der „culpa in procedendo", welche zur Erstattung des „negativen Prozeßinteresses", also der Prozeßkosten verpflichtet. Der Anspruch auf negatives Prozeßinteresse beruht weder auf Delikt, noch auf Verletzung einer Vertragspflicht. Leitender Grundsatz ist das Veranlassungsprinzip, mitunter aber ist Verschuldung Grundlage der Haftung, wie im § 95 ZPO. Die objektive Widerrechtlichkeit findet sich, wie beim negativen Vertragsinteresse. Der Erstattungsanspruch ist nicht publizistischer Natur. Der Anspruch entsteht, sobald der Eintritt in die erlaubte Rechtsbeziehung des Prozesses von der einen oder der anderen Seite veranlaßt ist. Nach diesen Grundsätzen werden Umfang und Wirkungen des Anspruchs behandelt. Auch die Fälle der Schadensersatzpflicht werden dem Begriff des negativen Prozeßinteresses untergeordnet. Ferner wird die Zulässigkeit der Einrede aus § 254 BGB., der Aufrechnung und anderer Einreden dargelegt und die Zuständigkeitsfrage erörtert. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. wird für die Klagen aus § 717 Abs. 2 ZPO. und verwandten Stellen abgelehnt. Sodann werden die Bereicherungsansprüche aus §§ 529 Abs. 3, 541 ZPO. behandelt. Ferner werden die Formen der gerichtlichen Geltendmachung und das gegenseitige Verhältnis der verschiedenen Arten des Anspruchs auf negatives Prozeßinteresse erörtert. Nachdem auch das Strafrecht kurz gestreift ist, wird schließlich die Haftung Dritter, nämlich der Prozeßbevollmächtigten, Zeugen, Sachverständigen und Richter besprochen.

2. Natur des Anspruchs. OLG. 13 93, HansGZ. 06 Beibl. 41 (Hamburg). Die Vorschriften der ZPO. über die Pozeßkosten sind nicht bestimmt, eine Lücke des bürgerlichen Rechtes über den Schadensersatz auszufüllen, sondern stellen erschöpfende und zwingende Grundsätze darüber auf, welche Partei die Prozeßkosten zu tragen hat. Daher kann der obsiegende Beklagte — auch nicht in analoger Anwendung des § 93 ZPO. — nicht in die Kosten verurteilt werden, weil er durch sein Verhalten zu einer unbegründeten Klage Veranlassung gegeben habe. Vielmehr ist event. ein besonderer Schadensersatzprozeß notwendig.

3. Erschöpfende Natur der Regelung. OLG. 13 95 (Celle). Die Frage der Kostenerstattung ist in den §§ 91 ff. ZPO. erschöpfend geregelt. Daher kein Anspruch auf Befreiung von eingegangenen, als Prozeßkosten sich darstellenden Verbindlichkeiten.

4. OLG. 13 105 (Braunschweig). Dem § 91 ist nicht zu entnehmen, daß die unterliegende Partei keine Kosten zu tragen habe, wenn die Klagerhebung überhaupt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich war. Hiervon ist nur Maß und Umfang der Kostenpflicht abhängig.

II. Unterliegende Partei. 1. Bernauer, BadRpr. 06 356 f. Welche Partei ganz oder teilweise unterliegt, steht erst fest, wenn über den Klagantrag selbst entschieden wird. Die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden enthält eine Entscheidung in diesem Sinne noch nicht, sondern sie bildet nur die Grundlage dafür, ob das angegangene Gericht über den gestellten Klagantrag selbst eine Entscheidung treffen darf oder nicht. Unterliegt der Beklagte mit der geltend gemachten prozeßhindernden Einrede, so steht damit nur fest, daß das angegangene Gericht in eine Prüfung der Frage einzutreten hat, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch materiell begründet ist. Erst diejenige Partei, welche in diesem Verfahren unterliegt, kann als „unterliegend" im Sinne der §§ 91, 92 ZPO. angesehen werden.

2. OLG. 13 113 (Colmar). Da der Fiskus Gebührenfreiheit genießt, so hat der Gegner, dem gegenüber die gebührenfreie Partei zu den Kosten verurteilt worden ist, nicht etwa einen Erstattungsanspruch gegen diese. Er muß sich vielmehr wegen Rückzahlung seines Gebührenvorschusses an die Kasse wenden, bei der er ihn eingezahlt hat. Ist neben dem Fiskus noch eine nicht gebührenfreie Partei zur Kostentragung verurteilt, so kann der Gegner sich nur an diese halten.

3. Mehrheit von Gegnern. **a)** *L. Fischer, Die bürgerl. Rechtsstreitigkeiten 58. Besonders schwierig ist die Verteilung der Kosten, wenn von den Streitgenossen der eine obsiegt, der andere unterliegt. Z. B. A. und B. sind als Bürgen verklagt, A. wird verurteilt, die Klage gegen B. wird abgewiesen; oder die Eheleute werden verklagt, der Ehemann wird verurteilt, die Klage gegen die Ehefrau wird abgewiesen. Eine allgemeingültige Regel, wie hier die Kosten zu verteilen seien, läßt sich nicht aufstellen. Es kommt auf die Beteiligung der Streitgenossen am Rechtsstreite, sowohl in Ansehung des Streitgegenstandswerts, als auch hinsichtlich der Art der Rechtsverfolgung oder Verteidigung (ob anerkannt oder erst Beweis erhoben und dann erkannt ist) an. Haben die Streitgenossen nur einen Anwalt gehabt, so wird es nicht Sache der Entscheidung über die Kostentragungspflicht im Urteile, sondern Sache der Festsetzung sein, den erstattungsfähigen Anteil zu bestimmen. Haben z. B. A. und B. die Kosten an den Anwalt zu gleichen Teilen bezahlt, so wird B. seine Hälfte in Rechnung stellen dürfen. Hat B. die ganzen Kosten bezahlen müssen, weil A. vermögenslos ist, so wird er die Gebühren und Auslagen wenigstens insoweit in Rechnung stellen dürfen, als sie auch entständen wären, wenn A. nicht mitverklagt wäre, sondern B. allein, also nicht die durch die Prozeßführung gegen A. erwachsenen besonderen Gebühren und Auslagen. **b)** KGBl. 06 88 (KG.). Wenn von

mehreren Beklagten, welche durch denselben Anwalt vertreten waren, der eine obsiegt, so kann er zunächst nur seinen Kopfteil an den Kosten des gemeinsamen Anwalts vom Kläger erstattet verlangen. Hat er zu den Kosten mehr beigetragen, so kann er dies vom Kläger nur dann erstattet verlangen, wenn es von den Streitgenossen nicht zu erlangen ist. **c)** HansGZ. **06** Beibl. 215, SchlHolstAnz. **06** 333 (Hamburg). Der obsiegende beklagte Streitgenosse kann nur seinen Kopfteil der Kosten des gemeinschaftlichen Anwalts vom unterliegenden Kläger erstattet verlangen, wenn er nicht besondere Umstände darlegt, daß der ganze Betrag der Anwaltskosten von ihm ausgelegt und von dem anderen der Kopfteil nicht zu erlangen ist. **d)** R. **06** 381 Ziff. 958 (Colmar). Wenn die Kosten der Klage gegen den Streitgenossen A. diesem und die der Klage gegen den Streitgenossen B. dem Kläger auferlegt sind, A. und B. aber durch denselben Anwalt vertreten waren, so kann B. nur die Hälfte der gemeinsamen Anwaltskosten vom Kläger erstattet verlangen.

III. Kostenlast bei Erledigung der Hauptsache. Vgl. JDR. **4** § 91 ZPO. I 1. 1. ThürBl. **53** 90 (Jena), (mit Literatur- und Judikaturnachweis). Wenn der Klaganspruch während des Prozesses auf andere Weise als durch Befriedigung des Klägers aufgehoben wird, und der Kläger die Hauptsache für erledigt erklärt, sind die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen, wenn der Klaganspruch zur Zeit der Klagerhebung begründet gewesen ist.

2. BadRpr. **06** 295 (LG. Mannheim). Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so fallen die Kosten derjenigen Partei zur Last, welche, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache ergehen würde, unterliegen würde. Nicht der Zeitpunkt der Klagerhebung ist maßgebend, sondern der der Urteilsfällung.

3. KGBl. **06** 56 (KG.). Wenn nach Klagezustellung zuungunsten des Klägers eine rechtsbegründende, klagebegründende Tatsache, z. B. das Verlöbnis, bei einer Klage auf Gewährung der Aussteuer, wegfällt, sind dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits zur Last zu legen, weil er die Gefahr bezüglich dieser Tatsachen trägt.

4. PucheltsZ. **06** 598 (Colmar). Wenn während eines von einem Konkursgläubiger gegen den Konkursverwalter angestrengten Prozesses auf Feststellung einer Forderung der Konkurs eingestellt wird, so ist die Klage der Hauptsache nach gegenstandslos, was in den Gründen auszusprechen ist; die Kosten des Rechtsstreits sind derjenigen Partei aufzuerlegen, welche in der Hauptsache, falls sie sich nicht erledigt hätte, unterlegen wäre.

5. BayRpflZ. **06** 297 (Zweibrücken). Wird vor Klagezustellung gezahlt, ohne daß diese mehr aufgehalten werden kann, so muß der Kläger die Kosten dieses Rechtsstreits tragen, kann sie aber aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes in einer besonderen Klage erstattet verlangen. In dieser neuen Klage bilden jene Kosten aber die Hauptforderung. Gegen das Urteil ist also Berufung, nicht sofortige Beschwerde gegeben.

IV. Entstehung des Anspruchs. HansGZ. **06** Beibl. 206 (Hamburg). Schon vor rechtskräftiger Erledigung des Prozesses besteht ein bedingter Anspruch der einen Partei gegen die andere auf Erstattung der Prozeßkosten, der mit jeder zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -Verteidigung gemachten Aufwendung entsteht und sich durch die rechtskräftige Verurteilung der Gegenpartei in die Kosten in einen unbedingten verwandelt.

V. Umfang des Anspruchs. 1. Entschädigung des Gegners für Versäumnis. **a)** ElsLothJZ. **06** 38 (Colmar). Eine Partei hat jedenfalls dann Anspruch auf Ersatz ihrer durch Beiwohnen bei einer Beweisaufnahme verursachten Kosten, wenn ihr Prozeßbevollmächtigter nicht gleichzeitig anwesend war. **b)** PosMschr. **06** 161. Im Amtsgerichtsprozeß kann die obsiegende Partei neben den Anwaltskosten auch Versäumniskosten für die von ihr vor der Bestellung des

Anwalts persönlich wahrgenommenen Termine erstattet verlangen. **c)** BayRpflZ. **06** 407 (LG. München). Versäumniskosten der Partei, die über die Anwaltsgebühren hinausgehen, sind erstattungsfähig, wenn die Partei von vornherein weder die Zahl, noch die Dauer der Termine erkennen konnte und ihr persönliches Erscheinen auch zur Aufklärung beigetragen hat. **d)** NaumburgAK. **06** 27 (LG. Halle). Der Antrag auf Vertagung wegen Behinderung des Anwalts an der persönlichen Terminswahrnehmung ist zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Ebenso stets eine Reise der Partei zum Anwalt, sofern nicht ganz einfache Sachlage und geschäftliche Gewandtheit der Partei schriftliche Information gestatten.

2. Kosten des Rechtsanwalts. **a)** WürttJ. **17** 233 (Stuttgart). Aus Abs. 2 Satz 1 ergibt sich per arg. e contr., daß insoweit, als es sich um die Zuziehung eines nicht auswärtigen Anwalts handelt, die Frage der Notwendigkeit der Zuziehung vom Gesetz ohne weiteres bejaht wird. Als auswärtiger Anwalt ist der nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafte Anwalt anzusehen. Die durch Zuziehung eines nicht auswärtigen Anwalts entstandenen Kosten sind auf alle Fälle zu erstatten, auch soweit sie, z. B. wegen Informationsreisen, höher sind, als die Kosten eines auswärtigen Anwalts. **b)** Insbesondere der Korrespondenzanwalt. α. OLG. **13** 101 (Hamburg). Korrespondenzgebühr nicht erstattungsfähig in einem Falle der Unzuständigkeitseinrede mit einfachen tatsächlichen Unterlagen. Beklagter durfte sich von dem Anwalt seines Wohnortes beraten lassen, konnte dann aber den Anwalt des fremden Gerichts selbst beauftragen. β. NaumburgAK. **06** 26 (LG. Stendal). Soweit nicht ganz offensichtliche Zuvielforderungen vorliegen, sind die Schreibgebühren und Portoauslagen des Korrespondenzanwalts als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig festzusetzen, weil ihr Betrag etwa den Aufwendungen gleichkommt, welche voraussichtlich auch der unmittelbare Geschäftsverkehr zwischen Partei und Prozeßbevollmächtigten erforderlich gemacht haben würde. **c)** R. **10** 57 Ziff. 66 (Colmar). Zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten des Rechtsstreits gehören nicht die Kosten, die der Prozeßbevollmächtigte auf Anschaffung von Büchern verwendete, aus denen er sich für die Führung des Prozesses vorbereitet hat.

3. Rechtskonsulenten. **a)** SchlHolstAnz. **06** 55 (LG. Kiel). Gebühren und Auslagen eines Bevollmächtigten, der nicht Rechtsanwalt ist, sind insoweit erstattungsfähig, als sie zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendige Kosten darstellen; dies richtet sich danach, ob die Partei mit geringeren Kosten den Prozeß ohne Bevollmächtigten selbst führen konnte. Die Gebühren müssen ferner angemessen und dürfen keinesfalls höher, als die eines Rechtsanwalts sein. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 131 (LG. Hamburg). Rechtskonsulenten, welche sich die ihnen zum Inkasso übergebenen Forderungen zedieren lassen, können für Zeitversäumnis für ihr Auftreten vor Gericht keine Entschädigung vom Gegner verlangen.

4. Reisekosten eines auswärtigen Anwalts. **a)** α. OLG. **13** 98 (Braunschweig). „Reise" im Sinne des Abs. 1 Satz 2 ist nicht ein Weg innerhalb derselben Ortschaft. Daher kann eine Entschädigung für Wege behufs Besprechung der Partei mit ihrem an demselben Orte wohnhaften Anwalt nicht verlangt werden. β. OLG. **13** 99 (Karlsruhe). Ebensowenig für Wege zum Sachverständigen behufs Erläuterung zu dem ihm übergebenen Material. **b)** α. HessRspr. 7 47 (LG. Darmstadt). Die Partei braucht nicht den einzigen am Gerichtssitz wohnhaften Anwalt unmittelbar zu bevollmächtigen, sondern kann einen auswärtigen Anwalt annehmen und es diesem überlassen, ob er den am Gerichtssitz wohnhaften Anwalt zu den Terminen substituieren will. Wird dieser dann aber von der Gegenpartei in Anspruch genommen, so sind die Reisekosten

des auswärtigen Anwalts erstattungsfähig, auch wenn ein Prozeßagent am Gerichtssitz wohnt. β. JustdBl. 1 67 (LG. München). Eine Partei, die auf einen einzigen am Sitze des Prozeßgerichts ansässigen Anwalt angewiesen wäre, darf einen auswärtigen Anwalt aufstellen, ohne ihren Kostenerstattungsanspruch zu gefährden. Das gilt auch, wenn 2 Anwälte dort ansässig sind, die Partei aber damit rechnen muß, daß einer von ihnen den Gegner vertreten werde. γ. OLG. 13 100 (Karlsruhe). Wenn die zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch einen Substituten gerade so gut gewahrt werden und dadurch Mehrkosten erspart werden konnten, sind die Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten insoweit nicht erstattungsfähig. c) Beweistermin. Vgl. JDR. 4 § 91 ZPO. II e. α. HansGZ. 06 Beibl. 212 (Hamburg). Die Wahrnehmung eines Beweisaufnahmetermins gehört unter allen Umständen zur zweckentsprechenden Prozeßführung. Normalerweise wird die Zuziehung des beim ersuchten Gerichte zugelassenen Anwalts ausreichend sein. Ausnahmsweise werden die höheren Kosten des eigenen Prozeßbevollmächtigten oder eines besonderen Vertreters erstattungsfähig sein, wenn das Erscheinen einer dieser Personen durch die besondere Eigenart des Beweisthemas gerechtfertigt wird. β. OLG. 13 101 (Hamburg). Erstattungsfähigkeit der Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten zur Sachverständigenbesichtigung des technischen Verfahrens, damit der Anwalt den Sachverständigen auf Einzelheiten hinweise und sich selbst möglichst genau technisch instruiere für die demnächstige mündliche Verhandlung. γ. OLG. 13 99 (Hamburg). Mit Unrecht macht die Beklagte geltend, sie habe, da in Sch. nur ein Anwalt ansässig sei, bei dem sie keine Erfahrung in nautischen Dingen habe voraussetzen können, ihren ständigen, auf diesem Gebiete erfahrenen Rechtsbeistand nach dem 40 km entfernten Terminsort entsenden dürfen. Dies mag der Beklagten sachdienlich erschienen sein; daraus folgt aber nicht, daß sie diese besonderen Kosten dem Gegner in Rechnung stellen darf.

5. Kosten mehrerer Anwälte. a) ElsLothJZ. 06 230 (Colmar). Ob ein Wechsel in der Person des Anwalts einzutreten hatte, ist in jedem einzelnen Falle nach freiem richterlichen Ermessen zu entscheiden. Bejaht wird die Erstattungspflicht in einem Falle, wo der erste Anwalt des Beklagten das Mandat gekündigt hatte, weil der Beklagte sich über eine unnötige Terminsvertagung seitens des Anwalts erregt gezeigt hatte. b) BadRpr. 06 70 (Karlsruhe). Wenn der erste Anwalt das Mandat gekündigt hatte, so sind die durch den Wechsel in der Person der Anwälte entstandenen Mehrkosten nur zu erstatten, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Kündigung weder auf einem Verschulden der Partei gegenüber ihrem Prozeßbevollmächtigten, noch auf einer Willkür des kündigenden Anwalts beruht. c) BayRpflZ. 06 125 (München). Wenn zwei Anwälten Kollektivvollmacht erteilt ist, und einer von ihnen im Verlauf des Prozesses stirbt, so war ein Wechsel in der Person des Anwalts im Sinne des § 91 Abs. 2 nicht notwendig, gleichviel welche privaten Abmachungen hinsichtlich der Berechtigung der Gebühreneinhebung zwischen den Anwälten getroffen waren. d) BadRpr. 06 113 (Karlsruhe). Keine Erstattung der Mehrkosten, die daraus entstehen, daß der Kläger bei dem amtsgerichtlichen Verfahren gemäß § 700 Satz 3 ZPO. nicht schon den am Sitze des Amtsgerichts wohnhaften Landgerichtsanwalt bestellt. e) ElsLothJZ. 06 42 (Colmar). Die Notwendigkeit des Wechsels in der Person des Anwalts liegt vor, wenn die Gegenpartei vor dem Amtsgericht Widerklage erhebt und Verweisung an das Landgericht herbeiführt, bei dem der Anwalt des Klägers nicht zugelassen ist.

6. Sachliche Unkosten. a) Vorbereitung. α. SächsOLG. 27 548. Zu den Prozeßkosten gehören auch diejenigen Aufwendungen, die schon vor Beginn des Prozesses von der Partei gemacht worden sind, um die Rechtsverfolgung und

und Rechtsverteidigung in diesem vorzubereiten, vorausgesetzt natürlich, daß sie zweckentsprechend sind. Insbesondere gehören dazu die Kosten einer vor Prozeßbeginn vorgenommenen Beweissicherung. Ist es dagegen zum Prozeß nicht gekommen, so kann die Erstattung dieser Kosten nur durch eine besondere Klage erlangt werden. β. OLG. **13** 95 (Colmar). Ein Kostenanschlag ist zur Vorbereitung der Verhandlung und der Beweisaufnahme und mithin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlich, wenn der Kläger zur Vermeidung der Klagabweisung wegen Fehlens der Erfordernisse des § 256 ZPO. auf einen bestimmten Betrag klagt und diesen nur durch den Kostenanschlag eines Sachverständigen ermitteln kann. **b**) Mahnschreiben. MecklZ. **25** 39 (Rostock). Die Kosten von Mahnschreiben, durch welche Beklagter in Verzug gesetzt ist und die Gefahr, gemäß § 93 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen, abgewendet worden ist, werden zu den erstattungsfähigen Kosten des Rechtsstreits gerechnet. **c**) Korrespondenzkosten. R. **06** 691 Ziff. 1676 (Colmar). Die Erstattungsfähigkeit der Auslagen einer Partei für Porto und Korrespondenz darf nicht deshalb beanstandet werden, weil die Gegenpartei einen geringeren Betrag von Auslagen liquidiert hat. Vielmehr kann jede Partei ohne Rücksicht auf die Auslagen des Gegners denjenigen Betrag erstattet verlangen, den sie zweckentsprechenderweise für Porto und Korrespondenz hat aufwenden müssen. **d**) Schreib- und Zustellungskosten. α. DJZ. **06** 212 (LG. Cassel). Die Schreibgebühren für die als Urschrift benutzte Reinschrift des Konzepts sind erstattungsfähig. β. KGBl. **06** 15 (KG.). Die doppelte Zustellung der Berufungsschrift durch den Gerichtsvollzieher und von Anwalt zu Anwalt, im Interesse der Partei zur Sicherung der Wahrung der Formvorschriften erfolgt, ist nicht überflüssig und daher erstattungsfähig. γ. R. **06** 691 Ziff. 1675 (Cassel). Die Kosten einer gewöhnlichen Zustellung können nicht deshalb als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendige Kosten angesehen werden, weil eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt möglich gewesen wäre. **e**) Kosten der Zahlung. α. Mayer, SächsRpflA. **06** 49, führt aus, daß die sog. Zählgebühr — Gebühr für die Empfangnahme der Streitsumme — auch dann erstattungsfähig sei, wenn die Zahlung der Streitsumme nicht gemäß § 819 ZPO. durch den Gerichtsvollzieher vermittelt worden ist. Die Zahlung habe die gleiche Bedeutung, wie Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, wofür dem Anwalt erstattungsfähige Gebühren zustehen. Aus § 81 ZPO. folge nicht das Gegenteil. Die Erstattungsfähigkeit sei auch ein Bedürfnis des Prozesses. β. SächsOLG. **27** 188 ff., NaumburgAK. **06** 42 (Dresden). Die Gebühr des klägerischen Anwalts für Empfang der Streitsumme bzw. der Sicherheitsleistung wird für nicht erstattungsfähig erklärt vom 8. Senat (6. bzw. 8. 11. 05), weil der Betrag ebenso sicher direkt an die Partei gezahlt werden konnte, dagegen für erstattungsfähig vom 4. Senat (11. 4. 05), weil der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten spontan an den Anwalt des Klägers gezahlt hatte, und vom 2. Senat (17. 4. 05), weil auch diese Anwaltskosten gemäß Abs. 2 ohne weiteres erstattungsfähig sind, dagegen wieder für nicht erstattungsfähig vom 3. Senat (OLG. **13** 97), weil die Inkassogebühr nicht zu den Kosten des Rechtsstreits gehört. γ. SeuffBl. **06** 635 (München). Die Empfangnahme von Geldern seitens der Gegenpartei gehört nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung, stellt sich auch nicht als ein Akt der Zwangsvollstreckung dar. Daher kann die Anwaltsgebühr nicht zur Festsetzung gelangen, auch wenn der Prozeßgegner die Kosten der Empfangnahme und Ablieferung der Gelder in einem Vergleich übernommen hat. **f**) KGBl. **06** 48 (KG.). Zu den Kosten des Rechtsstreits gehören auch die Kosten des außergerichtlichen Vergleichs, durch den der Prozeß beendigt worden ist. **g**) OLG. **13** 97 (Rostock). Die Kosten für Beschaffung einer Sicherheit, gegen deren Leistung die Zwangsvoll-

streckung gestattet ist, gehören nicht zu den nach § 91 zu erstattenden Prozeßkosten. **h**) BraunschwZ. **06** 157 (Braunschweig). Der Antrag gemäß § 715 ZPO., die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen, ist zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nur dann erforderlich, wenn ohne den zu erwirkenden Beschluß die Rückgabe nicht zu erlangen ist. Nach dem braunschweigischen Hinterlegungsgesetz genügt aber zur Rückgabe die Bewilligung sämtlicher Beteiligten. Daß die Einwilligung des Beklagten nicht zu erlangen ist, muß zum Zwecke der Festsetzung der Gebühren für den Antrag gemäß § 715 ZPO. nachgewiesen werden. **i**) OLG. **13** 94 (Colmar). Betreffs der Kosten des Arrestes ist nicht nur zu prüfen, ob der Arrest zur Zeit der Erlassung des Urteils über den Widerspruch begründet ist; vielmehr treffen die Kosten den Schuldner, wenn zur Zeit des Arrestbeschlusses ein Arrestgrund vorlag und der Gläubiger sofort in der ersten Verhandlung erklärte, den Arrest aufzugeben (analog § 93).

§ 92. 1. Abs. 1. **a**) R. **06** 1378 Ziff. 3317 (Hamm). Eine Schlußentscheidung, welcher bereits ein oder mehrere Urteile, die die Entscheidung über den Kostenpunkt dem späteren Erkenntnis vorbehalten haben, vorhergegangen sind, muß, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, die Kosten nach Quoten teilen, nicht aber die Kosten bis zum Erlaß des Anerkenntnisurteils einschließlich dem Beklagten allein zur Last legen. **b**) Landsberg, Unrichtige Kostenverteilung in Zivilprozeßurteilen, PosMschr. **06** 20, bekämpft unter Heranziehung der Judikatur die Auferlegung der Kosten bei mehreren Beklagten, „soweit sie gegen den einen bzw. den anderen Beklagten entstanden sind", ferner die Scheidung von Kosten der Klage und Widerklage und von Kosten der Berufung und Anschlußberufung. Dem Gesetz entspreche nur die verhältnismäßige Teilung der gesamten Kosten. **c**) BreslauAK. **06** 27 (Breslau). Wenn der Kläger gegen den einen Beklagten obsiegt, gegen den anderen unterliegt, so sind die durch die Klage gegen den ersten entstandenen Kosten dem Kläger, die durch die Klage gegen den anderen entstandenen diesem aufzuerlegen. **d**) BadRpr. **06** 253 (Karlsruhe). Abs. 1 ist auch in dem Falle anwendbar, daß die Klage verfrüht erhoben ist und die Fälligkeit im Laufe des Prozesses eintritt. **e**) Bernauer, BadRpr. **06** 356, bespricht ein Urteil des OLG. Karlsruhe, welches einem obsiegenden Beklagten einen Teil der Kosten gemäß § 92 ZPO. auferlegt hatte, weil seine Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts durch Zwischenurteil verworfen worden war Er hält dies für unrichtig und nur § 96 ZPO. für anwendbar. Dieser Fall liege nicht anders, als wenn ohne Zwischenurteil der Einwand der Unzuständigkeit verworfen werde, oder wenn, nachdem ein Zeugenbeweis mißglückt sei, ein zugeschobener Eid zum Prozeßerfolg führe.

2. Abs. 2. **a**) SächsRpflA. **06** 346 (Dresden). Die Anwendung des Abs. 2 ist ausgeschlossen, wenn der Beklagte zu einem Teile verurteilt wird, weil die Einklagung des dem Kläger zugesprochenen Teiles notwendig Kosten verursachen mußte. **b**) R. **06** 865 Ziff. 2138 (Bamberg). Wenn auch das Gericht den Betrag der Forderung durch Sachverständigen-Gutachten ausmitteln mußte, erscheint doch die Überbürdung sämtlicher Kosten auf den Gegner des Zuvielfordernden dann nicht angemessen, wenn letzterer selbst sachverständig ist.

§ 93. I. Anlaß zur Klage. 1. Allgemeines. BadRpr. **06** 130 (Karlsruhe). Für die Anwendung des § 93 ist entscheidend, ob Beklagter dem Kläger vor Erhebung der Klage vernünftigen Grund zu der Annahme gab, daß Kläger ohne Klagerhebung nicht zu seinem Rechte kommen werde. Vgl. JDR. **4** § 93 ZPO. Ziff. II b.

2. Sonderfälle. **a**) OLG. **13** 104 (KG.). Beklagter hat zur Klage auf Duldung einer Handlung Veranlassung gegeben, auch wenn der Kläger die Handlung auf Grund einer einstweiligen Verfügung inzwischen schon vorgenommen,

Beklagter aber die Handlung nicht in Anerkennung des klägerischen Rechtes, sondern nur der einstweiligen Verfügung sich beugend geduldet hat. **b)** *Hase, SächsRpflA. **06** 373. § 93 ist auch anwendbar auf den Ehemann, der die Duldungspflicht, ohne Anlaß zur Klage gegeben zu haben, sofort anerkennt. Um sich gegen die Kostenlast nach § 93 zu schützen, muß der Gläubiger den Ehemann in Verzug setzen. Wennschon der Mann nach § 93 kostenfrei ist, hat er gleichwohl für die in der Leistungsklage der Frau auferlegten Kosten als Gesamtschuldner mit seinem Vermögen aufzukommen und gleichzeitig wegen dieser Kosten auch die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut zu dulden. **c)** OLG. **13** 103 (Hamburg). Kostenpflicht des Klägers bei einer Klage auf Duldung der Vollstreckung gegen die Ehefrau, welche, nachdem das Leistungsurteil gegen den Ehemann ergangen war, die Gütergemeinschaft aufgehoben hatte. Kläger konnte gemäß § 744 ZPO. gegen die Beklagte eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen ihren Mann ergangenen Urteils erwirken **d)** Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. Vgl. JDR. **4** § 93 ZPO. IIb. α. *Metzges, GruchotsBeitr. **50** 612 ff. a) Im Interventionsprozesse (§ 771 ZPO.) kommt, wenn zur Zeit der Klagerhebung (Zustellung) die Pfändung schon aufgehoben war, selbst wenn der Dritte von der Aufhebung noch keine Kenntnis hatte, nicht § 93, sondern lediglich § 91 ZPO. in Anwendung: die Klage muß als unbegründet mit Kostenfolge für den Kläger abgewiesen werden. Eine Aufhebung der Pfändung liegt aber dann noch nicht vor, wenn der Pfandgläubiger den Gerichtsvollzieher oder den Dritten lediglich benachrichtigt hat, daß er die Sachen freigebe. Es bedarf vielmehr noch einer besonderen Aufhebungshandlung seitens des Gerichtsvollziehers (vgl. § 775 Ziff. 1 ZPO., §§ 73, 58 Ziff. 4 PrGerVollzO.: so auch OLG. Kiel, SeuffA. **52** Ziff. 275 u. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 507, sowie GruchotsBeitr. **50** 281). Um einem Schadensersatzanspruche des Dritten wegen der Kosten der nach der tatsächlichen Aufhebung der Pfändung erfolgten Klagezustellung zu entgehen, ist es für den Pfandgläubiger ratsam, die Freigabe der Pfandsachen nicht nur dem Gerichtsvollzieher, sondern auch dem Dritten zu erklären. b) „Veranlassung" zur Erhebung der Interventionsklage (§ 771 ZPO.) hat der Dritte dann, wenn der Pfandgläubiger von dem Widerspruchsrechte des Dritten und den es begründenden Tatsachen in Kenntnis gesetzt, und die Pfändung nicht in angemessener Frist aufgehoben ist. Es kommt nicht darauf an, ob dem Beklagten ein Verschulden in bezug auf die Fortdauer der Pfändung zur Last fällt, auch kann der Pfandgläubiger vom Dritten nicht vorher die Glaubhaftmachung oder den Nachweis seines Rechtes verlangen. Es ist vielmehr Sache des Pfandgläubigers selbst, über den Anspruch des Dritten sich Gewißheit zu verschaffen, ➳ wobei ihm §§ 810, 811 BGB. eine Handhabe auch gegenüber dem Intervenienten dergestalt bieten können, daß vor der Erfüllung der darin ausgesprochenen Verpflichtung seitens des Intervenienten eine Klageveranlassung allerdings nicht gegeben ist ⟵. β. HessRspr. **7** 44 (LG. Gießen). Daß der bisher gutgläubige Pfändungspfandgläubiger zu der Widerspruchsklage insolange keine Veranlassung gegeben habe, als ihm nicht von dem Widersprechenden dessen Recht glaubhaft gemacht sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Es kommt nur darauf an, ob der Pfandgläubiger die von ihm bewirkte Eigentumsverletzung aufrecht erhalten hat, obwohl der Eigentümer seinerseits dasjenige getan hatte, was von ihm nach Lage des Falles erwartet werden konnte, wenn er die gütliche Freigabe seines Eigentums erwirken wollte. Wenn der Eigentümer keine Bescheinigungen seines Rechtes besitzt, ist er nicht verpflichtet, sich Zeugnisse dritter Personen zu beschaffen, vielmehr genügt die Angabe der Tatsachen, auf die er seinen Eigentumserwerb gründet. γ. ElsLothJZ. **06** 40 (Colmar). Der einfache Widerspruch eines Dritten gegen eine Pfändung genügt nicht, um den

pfändenden Gläubiger zur Aufgabe seines Pfandrechts zu veranlassen. Solange keine Glaubhaftmachung erfolgt ist, gibt der Gläubiger durch Festhalten seines Pfandrechts keinen Anlaß zur Erhebung der Widerspruchsklage. Wenn er dann nicht sofort anerkennt, so können doch die Kosten dem Kläger gemäß § 283 Abs. 2 ZPO. auferlegt werden, wenn er den ihm obliegenden Beweis verzögert hat. e) Verhalten nach Klagerhebung. Vgl. JDR. 4 § 93 ZPO. II g. Menzel, SächsRpflA. 06 274, erörtert auf Grund einer Entscheidung des OLG. Dresden die Frage, ob das Verhalten des Klägers nach Klagerhebung von Einfluß auf die Kostenentscheidung sei, und die Geltendmachung des § 226 BGB. statt der Anerkennung des Klaganspruchs. f) PosMschr. 06 120 (Posen). Dem Konkursverwalter gegenüber muß ein selbständiger Anlaß zur Erhebung der Klage entstanden sein.

3. Erfüllungspflicht. a) KGBl. 06 16 (KG.). Das bloße Anerkenntnis genügt, wenn es sich um eine fällige Forderung handelt, nicht, Beklagter muß vielmehr, um die Verurteilung in die Kosten zu vermeiden, sofort Zahlung leisten. — Ebenso KGBl. 06 108 (KG.). b) Insbesondere bei der dinglichen Hypothekenklage. α. OLG. 13 102, R. 06 381 Ziff. 959 (Cassel). Kostenpflicht des sofort anerkennenden Beklagten bei der dinglichen Hypothekenklage, wenn er einen Titel gemäß § 794 Ziff. 5 ZPO. nicht angeboten oder wenigstens seine Bereitschaft zur Ausstellung kundgetan hat. Ebenso im Falle des Konkurses des Schuldners. — Ebenso OLG. 13 103 (Celle), wo sogar verlangt wird, daß der dingliche Schuldner den Gläubiger gemäß § 1142 BGB. befriedige. β. *A. Fuchs, SeuffBl. 06 398 ff. Erkennt der lediglich dinglich haftende Eigentümer des belasteten Grundstücks, gegen den die hypothekarische Klage erhoben worden ist, den hypothekarischen Anspruch, der lediglich auf Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht auf Zahlung geht, sofort an, so hat der Kläger die Kosten zu tragen. Dies ergibt sich daraus, daß der Eigentümer (sog. dingliche Schuldner) nicht zur Zahlung, auch nicht zur Zahlung aus dem Grundstück oder in Höhe des Wertes des Grundstücks verpflichtet ist. Die im § 1113 BGB. erwähnte Zahlung aus dem Grundstück ist nicht eine durch den Eigentümer zu leistende Zahlung. Dies ergibt sich aus §§ 1147, 1141, 1156, 1160 Abs. 2, 1146, 1142 BGB. und aus §§ 688 Abs. 2, 592 Satz 2, 794 Ziff. 5 ZPO. Es besteht auch kein Anspruch des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde wegen der hypothekarischen Schuld. Durch bloß passives Verhalten gibt der Eigentümer dem Hypothekengläubiger nicht Veranlassung zur Erhebung der hypothekarischen Klage, sondern er unterläßt es nur, die dem Hypothekengläubiger durch das Gesetz gegebene Veranlassung zur hypothekarischen Klage zu nehmen. Bei der Verurteilung des Klägers ist auch ohne dessen ausdrücklichen Antrag auszusprechen, daß er die ihm auferlegten Prozeßkosten aus dem Teile der Kaufgeldermasse, die auf seine Hypothek fällt, erstattet verlangen kann. γ. OLG. 13 104 (Naumburg). Kostenpflicht des Klägers bei einer Klage auf Duldung der Vollstreckung in ein Grundstück, obwohl Beklagter den Klaganspruch in einem Schriftsatz bestritten, in der mündlichen Verhandlung aber sofort anerkannt, jedoch auch nachher nichts gezahlt, sondern sich passiv verhalten hat.

II. Sofortiges Anerkenntnis. 1. KGBl. 06 75 (KG.). Auch gegenüber einer zunächst unzureichend substantiierten Klage kann sich der Beklagte nur durch sofortiges Anerkenntnis von der Kostenpflicht befreien.

2. „Anerkenntnis". PucheltsZ. 06 89 (Colmar). Der Antrag auf Abweisung der Klage wegen inzwischen erfolgter Befriedigung ist ebenso, wie der Antrag auf Erledigterklärung zulässig und läßt nicht ohne weiteres darauf schließen, daß der Klageanspruch nicht anerkannt werde.

3. „Sofortiges" Anerkenntnis. Vgl. JDR. 4 § 93 ZPO. II c—f. **a)** SächsRpflA. **06** 295 (Dresden). Das Anerkenntnis ist ein sofortiges nur, wenn es abgegeben wird, ohne daß der Beklagte zuvor den Rechtsstreit, z. B. indem er eine Vertagung herbeiführte, verzögert hat. Ob die Klage begründet war, hat das Gericht nicht zu prüfen, vielmehr steht dies auf Grund des Anerkenntnisses fest. **b)** KGBl. **06** 7 (KG.). Ein im Laufe des Prozesses abgegebenes Anerkenntnis hat als „sofortiges" zu gelten, wenn es gleich nach dem Eintritt eines Ereignisses abgegeben wird, welches erst den Anspruch begründet oder verfolgbar macht, z. B. die Fälligkeit. **c)** OLG. **13** 105 (Braunschweig). Das Anerkenntnis im zweiten Verhandlungstermin ist kein sofortiges, auch wenn der Beklagte mit aller Sorgfalt verfahren ist. Derartige subjektive Momente müssen außer Betracht bleiben; maßgebend ist allein die objektive Sachlage.

III. Vorschlag de lege ferenda. v. Spindler, R. **06** 1043 ff., empfiehlt, bei der nächsten Novelle zur ZPO. dem § 93 den folgenden zweiten Absatz zu geben:

Ist die Klageschrift bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts eingereicht, so verpflichtet eine völlige oder teilweise Befriedigung des Klägers durch den Beklagten den letzteren, die außergerichtlichen bzw. gerichtlichen Kosten ganz oder verhältnismäßig zu tragen, falls er nicht beweist, daß er durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage nicht gegeben habe.

§ 96. OLG. **13** 101 (Hamburg). Wenn ein zweiter, unrichtiger Vertreter des beklagten Fiskus benannt ist, so sind die Kosten deshalb nicht teilweise dem obsiegenden Kläger aufzuerlegen. Nur bei der Kostenfestsetzung sind die durch die überflüssigen Zustellungen an den zweiten Vertreter entstandenen Kosten abzusetzen.

§ 97. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 122. Die Kosten des vom Nebenintervenienten eingelegten erfolglosen Rechtsmittels sind diesem aufzuerlegen, wenn die Partei, in deren Interesse er es eingelegt hat, am Rechtsmittelverfahren nicht teilnimmt. — Ebenso R. **06** 57 Ziff. 67 (Zweibrücken). Vgl. JDR. **4** § 67 ZPO. a.

§ 98. OLG. **13** 107 (Naumburg). § 98 setzt nicht voraus, daß der Vergleich in dem betr. Rechtsstreit abgeschlossen ist, sondern nur, daß der Rechtsstreit überhaupt durch einen Vergleich erledigt ist.

§ 99. I. Abs. 1. 1. **a)** OLG. **13** 111 (KG.). § 99 setzt voraus, daß eine von der Kostenentscheidung gesonderte Entscheidung in der Hauptsache möglich war. Dies ergibt der Zusammenhang zwischen § 99 Abs. 1 und 2 mit Abs. 3. **b)** *Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 58. In allen gebührenpflichtigen Verfahren wird der Rechtsstreit nach Erledigung der Hauptsache wegen der Kosten zu Ende geführt. Wenn aber ein Zivilprozeßanspruch zwischen Einreichung und Zustellung der Klage seine Erledigung findet, so muß der Anspruch auf Ersatz der Kosten in einem besonderen Rechtsstreit geltend gemacht werden.

2. OLG. **13** 108 (Braunschweig). Wenn der Beklagte eine Entscheidung mit der Berufung angreift, welche zugunsten mehrerer als gewöhnliche Streitgenossen auftretender Kläger ergangen ist, so ist die Zulässigkeit der Berufung bezüglich jedes Streitgenossen davon abhängig, daß der Beklagte die ihn betreffende Entscheidung in der Hauptsache anficht.

3. DJZ. **06** 972 (Stuttgart). Zur Zeit der Einlegung der Berufung stand bereits fest, daß nach den Fristbestimmungen der §§ 520, 261 ZPO. eine Verhandlung und Entscheidung der Sache erst zu einer Zeit erfolgen konnte, da die Hauptsache gegenstandslos geworden war. Das Rechtsmittel konnte also nur noch den Kostenpunkt betreffen und war daher unzulässig.

4. OLG. **13** 170, HansGZ. **06** Beibl. 46 (Hamburg). Wenn ein Teilurteil unter Vorbehalt der Kostenentscheidung für das Endurteil erlassen ist und das letztere dann, da inzwischen die Hauptsache im übrigen erledigt ist, nur über die Kosten befindet, so ist diese Kostenentscheidung nicht ipso iure mitangefochten, wenn gegen das Teilurteil Berufung eingelegt wird; vielmehr ist das Kostenurteil, sofern gegen das Teilurteil Berufung eingelegt ist, selbständig mit Berufung anfechtbar, also selbständiger Rechtskraft fähig.

II. Abs. 2. 1. Anerkenntnisurteil gemäß § 307 ZPO. Vgl. IDR. **4** zu § 99 ZPO. Ziff. II a, b. **a)** PosMschr. **06** 15 (Posen). Die Verurteilung zur Hauptsache muß auf Grund eines Anerkenntnisses gemäß § 307 ZPO. ausgesprochen sein, sollte das Gericht auch zu Unrecht die Voraussetzungen des § 307 ZPO. angenommen haben. Der Richter muß also, ohne in eine selbständige Prüfung des Anspruchs einzutreten, lediglich auf Grund des Anerkenntnisses die Verurteilung ausgesprochen haben. **b)** **RG.** BraunschwZ. **06** 100. Voraussetzung des Abs. 2 ist ein auf Grund des § 307 ZPO. ergangenes Anerkenntnisurteil, mag es auch mit Unrecht erlassen sein. **c)** BraunschwZ. **06** 99 (Braunschweig). Abs. 2 setzt ein gemäß § 307 ZPO. auf Grund eines dahingehenden Antrags des Klägers ergangenes Anerkenntnisurteil voraus. **d)** HansGZ. **06** Beibl. 204 (Hamburg). Voraussetzung des Abs. 2 ist nicht nur, daß der Beklagte den Klaganspruch anerkannt, sondern auch, daß das Gericht ein Anerkenntnisurteil erlassen hat.

2. WürttJ. **18** 311 (Stuttgart). Abs. 2 setzt nicht voraus, daß die Entscheidung zur Hauptsache und die über den Kostenpunkt in einem Urteil erfolgt sei. Maßgebend ist die prozessuale Form, also das Vorliegen eines Anerkenntnisses.

3. Teilweises Anerkenntnis. Vgl. IDR. **4** § 99 Ziff. II c—e. **a)** OLG. **13** 108 (Colmar). Daß gleichzeitig die Klage, insoweit sie auf sofortige Zahlung ging, abgewiesen und mit Rücksicht hierauf dem Kläger ein Teil der Kosten zur Last gelegt wurde, ändert an dem Umstande nichts, daß die Entscheidung, insoweit sie auf Anerkenntnis erfolgte, ein Anerkenntnisurteil darstellt und nach § 99 Abs. 2 wegen der Kostenentscheidung selbständig angefochten werden kann. **b)** BraunschwZ. **06** 102 (Braunschweig). Abs. 2 ist auch dann anwendbar, wenn die Hauptsache nur teilweise durch Anerkenntnisurteil ihre Erledigung gefunden hat. **c)** RheinA. **103** I 151 (Cöln). Wenn die Hauptsache, abgesehen von den Zinsen, erledigt ist und bezüglich der Zinsen Anerkenntnisurteil mit einheitlicher Kostenentscheidung ergeht, so ist wegen des Kostenpunkts nur insoweit die Berufung zulässig, als sich die Kosten auf den anerkannten Teil der Hauptforderung beziehen. Dagegen: **d)** **RG.** IW. **06** 169 Ziff. 15, ZVersWes. **06** 514. Ein Urteil, welches teils Anerkenntnisurteil, teils Urteil auf Grund kontradiktorischer Verhandlung ist, und in dem über die Kosten im ganzen nach Quoten entschieden ist, ist als einheitliche Kostenentscheidung der selbständigen Anfechtung nicht unterworfen, da die Anfechtung unter keinen Umständen über den Rahmen der durch das Anerkenntnisurteil bedingten Kostenentscheidung hinausgehen darf. Vgl. **RG.** 12. 7. 05 das. **e)** DIZ. **06** 492 (Königsberg). Unter Hauptsache im Abs. 2 ist nicht der im letzten Termin übrig gebliebene unerledigte Teil des Klageanspruchs, sondern im Gegensatz zur Entscheidung über die Kosten der ganze Klageanspruch zu verstehen. Ist nur ein Teil anerkannt, so können die Abs. 2 und 3 nicht angewendet werden, vielmehr ist das Prinzip des Abs. 1 zur Anwendung zu bringen. Hier liegt eine Lücke im Gesetz vor.

III. Abs. 3. 1. Allgemeine Voraussetzungen. **a)** *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Die Beschwerde gegen ein selbständiges Kostenurteil ist aber nur zulässig, wenn auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel gegeben

gewesen wäre, und die weitere Beschwerde gegen die auf Beschwerde gegen das Kostenurteil ergangene Entscheidung ist unzulässig, wenn gegen ein Urteil des Beschwerdegerichts zur Hauptsache ein weiteres Rechtsmittel nicht statthaft sein würde, **RG.** (V3S.) **57** 310; früher streitig. Damit ist klargestellt, daß ein Kostenurteil, welches vom Landgericht in der Berufungsinstanz erlassen wird, unanfechtbar ist, und ferner, daß über die Beschwerde gegen ein amtsgerichtliches Kostenurteil das Landgericht endgültig entscheidet. Durch die neue Fassung, welche § 567 Abs. 2 und § 568 Abs. 4 jetzt erhalten haben, ist ferner sowohl die Beschwerde gegen selbständige Kostenurteile des Oberlandesgerichts als auch die weitere Beschwerde gegen dessen Beschwerdeentscheidungen beseitigt worden. Hiernach unterliegen trotz der scheinbar weitergehenden Fassung des § 99 Abs. 3 nur die erstinstanzlichen Kostenurteile der Beschwerde und es ist eine weitere Beschwerde über den Kostenpunkt in keinem Falle zulässig. Gegen Kostenurteile, die auf Versäumnis ergangen sind, wird nur der Einspruch und nicht — etwa nach Wahl des Säumigen — daneben auch die sofortige Beschwerde für statthaft zu erachten sein (344). **b)** **RG.** JW. **06** 25[25]. Daraus, daß der in I. Instanz unterlegene Beklagte nach Erlaß des Urteils den Kläger befriedigt hat, folgt nicht ohne weiteres die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, insbesondere nicht, wenn zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistet ist. Vgl. **RG.** SeuffA. **55** 340, JW. **94** 817, **RG.** **33** 383, **29** 382. **c)** BadRpr. **06** 17 (Karlsruhe). Wenn gegen den Widerspruch des einen Teiles die Hauptsache für erledigt erklärt wird, trifft nicht § 99 zu, vielmehr ist Berufung gegeben. — Ebenso HessRspr. **7** 122 (Darmstadt), wo ferner, falls das Urteil im Falle des Streites, ob der Rechtsstreit erledigt ist, lediglich über die Kosten entscheidet, der Antrag auf Ergänzung gemäß § 321 ZPO. für den gegebenen Rechtsbehelf erklärt wird, während gegen das Kostenurteil selbst Beschwerde gegeben sei. **d)** OLG. **13** 110, BadRpr. **06** 19 (Karlsruhe). Gegen ein Urteil, welches gemäß § 302 Abs. 4 ZPO. den Kläger verurteilt, dem Beklagten denjenigen Betrag zurückzuzahlen, den dieser zur Abwendung der Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschlusse gezahlt hat, ist Berufung, nicht sofortige Beschwerde zulässig, da die Forderung des Beklagten eine materielle Schadensersatzforderung ist, also keine Entscheidung im Kostenpunkt, sondern eine solche in der Hauptsache vorliegt. — Ebenso PosMschr. **06** 86 (LG. Königsberg). **e)** HansGZ. **06** Beibl. 301 (Hamburg). Eine Entscheidung über den Kostenpunkt liegt nicht vor, wenn das Gericht es ablehnt, eine Kostenentscheidung zu fällen, weil es die Sache nicht für spruchreif hält.

2. Besondere Fälle. **a)** OLG. **13** 109 (KG.). Gegen ein Versäumnisurteil, das den Beklagten (nach erledigter Hauptsache) lediglich in die Kosten verurteilt, ist nur der Einspruch, nicht auch nach § 99 Abs. 3 die sofortige Beschwerde zulässig. **b)** ThürBl. **53** 92 (Jena). Voraussetzung des Abs. 3 ist, daß überhaupt keine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist. **c)** Sächs. RpflA. **06** 295 (Dresden). Wenn der Kläger bei Anerkennung des Klageanspruchs durch den Beklagten nur Verurteilung zu den Kosten beantragt, ist gegen das Urteil gemäß Abs. 3 sofortige Beschwerde gegeben. **d)** R. **06** 57 Ziff. 69 (Cassel). Wird gegen ein Versäumnisurteil nur wegen der Kostenentscheidung Einspruch eingelegt, so ist das auf den Einspruch ergehende, lediglich die Kosten betreffende Urteil mit der sofortigen Beschwerde nicht anfechtbar, da in der Hauptsache eine Entscheidung ergangen ist. **e)** R. **06** 1007 Ziff. 2394 (Braunschweig). Wird gegen einen Streitgenossen nur die Kostenentscheidung, gegen den anderen die Entscheidung zur Hauptsache angegriffen, so kann wegen des ersten Angriffs nur die sofortige Beschwerde eingelegt werden. **f)** BadRpr. **06** 140 (Karlsruhe). Wenn in der Hauptsache ein Teilurteil erlassen ist, sich

der übrige Teil dann erledigt hat und das Schlußurteil nur noch über die Kosten entscheidet, so ist gegen dieses Schlußurteil nicht die Beschwerde zulässig, wenn sich aus der Kostenentscheidung nicht ersehen läßt, welcher Teil der Kosten durch das ergangene Sachurteil und welcher Teil durch den Rest des Prozeßstoffs erledigt wurde.

§ 100. **a)** *Hase, SächsRpflA. **06** 370 ff. Werden die Frau zur Leistung und der Mann zur Duldung als Streitgenossen verklagt, so haben beide die Streitkosten nach Kopfteilen ($^1/_2$) zu tragen, der Mann haftet für den auf die Frau entfallenden Kostenteil als Gesamtschuldner (BGB. §§ 1387 Ziff. 1, 1388). Der Mann hat außer wegen der Leistungspflicht der Frau auch wegen deren teilweiser Kostenpflicht die Zwangsvollstreckung ins Eingebrachte zu dulden. Die gesamtschuldnerische Haftung und die Duldungspflicht wegen der auf die Frau entfallenden Kosten besteht auch dann, wenn es nach ZPO. § 93 kostenfrei ist. **b)** R. **06** 57 Ziff. 70, ElsLothJZ. **06** 369 (Colmar). Bei Streitgenossenschaft auf seiten der Kläger und der Beklagten, teilweisem Unterliegen der Kläger und gänzlichem Obsiegen eines der Beklagten ist in der Entscheidung über den Kostenpunkt zum Ausdruck zu bringen, daß und zu welchem Teile die Kläger zur Erstattung der diesem Beklagten entstandenen Kosten verpflichtet sind.

§ 102. 1. Vgl. Görres, Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht, BuschsZ. **35** 313 ff., insbes. 392.

2. **a)** **RG.** JW. **06** 430 Ziff. 15. Belastung eines Anwalts mit den Kosten einer für die Partei eingelegten, nach der Novelle v. 5. 6. 05 unzulässigen Beschwerde, weil die Nichtkenntnis dieser gesetzlichen Bestimmung ein grobes Verschulden darstellt. **b)** ElsLothJZ. **06** 270 (Colmar). Ein Anwalt wurde zur Tragung der Kosten einer von ihm namens der Partei eingelegten weiteren Beschwerde, deren Unzulässigkeit (§ 568 Abs. 2 ZPO.) offensichtlich war, verurteilt, obgleich seine Partei bescheinigte, daß sie, von dem Anwalt ausdrücklich auf Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit aufmerksam gemacht, die Einlegung der weiteren Beschwerde gewünscht habe. Da bloße Zweifelsgründe nicht vorlagen, hätte der Anwalt die Einlegung der aussichtlosen Beschwerde ablehnen müssen.

3. **a)** SchlHolstAnz. **06** 86 (Kiel). Gegen die Ablehnung des Antrags einer Partei, den Anwalt des Gegners wegen groben Verschuldens in die Kosten zu verurteilen, ist die Beschwerde nicht zulässig. **b)** SächsOLG. **27** 342. Die Vorschrift des § 567 Abs. 2 ZPO. findet auf den § 102 keine Anwendung.

§ 103. 1. **RG. 62** 188. Die Entscheidung über die schon im Prozesse vorgebrachten, die Streitkosten betreffenden Einwendungen darf nicht im Urteil unterlassen und dem künftigen Kostenfestsetzungsverfahren anheimgegeben werden.

2. Schmidt, DJZ. **06** 314 f. (vgl. JDR. **4** § 103 ZPO. 3). In einfachen Amtsgerichtssachen muß die obsiegende Partei die Kostenfestsetzung nach § 103 ZPO. aus sich beantragen, um der Belastung mit den Kosten des besonderen Festsetzungsverfahrens zu entgehen. — Selbst in einfachen Sachen werden die Kosten des besonderen Festsetzungsverfahrens dann für erstattungsfähig zu erachten sein, wenn der Prozeßbevollmächtigte der obsiegenden Partei sich für die Unterlassung einer Kostenaufstellung auf besondere Umstände beruft, die ihn mit Grund zu der Auffassung bringen konnten, es werde keinesfalls zu einem Urteil kommen.

3. OLG. **13** 113 (KG.). Die Kostenerstattung bildet den Gegenstand eines zur ersten Instanz des Prozesses gehörenden besonderen „Anhangsverfahrens", welches unter den allgemeinen Prozeßgrundsätzen steht. Daher hat die Veräußerung des Anspruchs auf den Streit keinen Einfluß, und es darf ein Wechsel der Parteirolle ohne Zustimmung des Gegners nicht stattfinden. Es kann also auch nach der Pfändung und Überweisung des Kostenerstattungsanspruchs nur die erstattungsberechtigte Partei die Festsetzung betreiben.

§ 104. 1. Zur Vollstreckung geeigneter Titel. **a)** OLG. **13** 113 (KG.). Mit dem „vollstreckbaren Titel" ist ein auf den Namen des Antragstellers lautender Titel gemeint. Dieser wird nicht dadurch ersetzt, daß der Antragsteller einen vollstreckbaren Titel gegen den Gläubiger des Erstattungsanspruchs und dieser wieder einen solchen gegen den Kostenschuldner besitzt. **b)** KGBl. **06** 87 (KG.). Auf Grund eines nur über die Kosten entscheidenden Urteils findet die Kostenfestsetzung ohne Nachweis der Rechtskraft statt. **c)** BayRpflZ. **06** 344 (München). Ein Urteil, das nur über die Kosten entscheidet, ist gemäß §§ 99 Abs. 3, 794 Ziff. 3 ZPO. ohne weiteres vollstreckbar, auch wenn es weder vorläufig vollstreckbar, noch rechtskräftig ist; daher kann die Kostenfestsetzung sofort stattfinden. **d)** BraunschwZ. **06** 140 (Braunschweig). Eine Entscheidung höherer Instanz, welche in den Fällen des § 304 ZPO. erlassen ist, ist nur dann ein zur Kostenfestsetzung geeigneter Titel, wenn sie den Charakter als rechtskräftiges, inhaltlich sich zur Zwangsvollstreckung eignendes Endurteil hat. Ein Endurteil ist aber jedes die Instanz abschließendes Urteil, auch ein Urteil des Berufungsgerichts, welches, den Streit für die Instanz erledigend, ihn zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückverweist. **e)** BayRpflZ. **06** 344 (München). Ein Arrestbefehl ist nach Ablauf der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel mehr.

2. Fälle der Unzulässigkeit der Kostenfestsetzung. **a)** *Jacobi, KGBl. **06** 14. Die Festsetzung derjenigen dem obsiegenden Kläger entstandenen Gerichtskosten, für welche er dem Fiskus als Erstschuldner, der Beklagte als Zweitschuldner haftet, vorbehaltlich des Nachweises ihrer Zahlung seitens des Klägers, entspricht nicht dem Gesetze. — Ihre Festsetzung darf vielmehr nur ohne solchen Vorbehalt geschehen und nur nach vorheriger Glaubhaftmachung ihrer Zahlung, es sei denn, daß für den Beklagten die Gefahr, die dem Kläger bereits erstatteten Gerichtskosten wegen ihrer Unbeibringlichkeit von diesem an den Fiskus als dessen Zweitschuldner noch einmal zahlen zu müssen, durch Zweifellosigkeit der Zahlungsfähigkeit des Klägers ausgeschlossen erscheint. (Gegen Pfennig, DJZ. **05** 1001.) **b)** ThürBl. **53** 85 (Jena). Der im Eheprozeß vom Ehemann der Ehefrau geleistete Kostenvorschuß gehört nicht zu den im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigenden Prozeßkosten. **c)** BraunschwZ. **06** 104 (Braunschweig). Die Festsetzung der Kosten eines im Anschluß an einen Rechtsstreit stattgehabten Verwaltungszwangsverfahrens gehört nicht zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts. **d)** Vgl. JDR. **4** § 104 ZPO. Ziff. 1 c. OLG. **13** 107 (Colmar). Bei dem Obsiegen eines von mehreren Beklagten muß das Urteil aussprechen, daß oder zu welchem Teile dem Kläger die Erstattung der dem obsiegenden Beklagten erwachsenen Kosten auferlegt wird. Anderenfalls kann dieser Beklagte die Kostenfestsetzung nicht betreiben.

3. „Gericht erster Instanz." **a)** R. **06** 446 Ziff. 1094 (Colmar). „Gericht erster Instanz" für die Festsetzung der Kosten des durch eine Erinnerung des Schuldners gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung entstandenen Verfahrens, welches über die Erinnerung entschieden hat, gleichviel welches Gericht das der Zwangsvollstreckung zugrunde liegende Urteil erlassen hat. **b)** OLG. **13** 192, SchlHolstAnz. **06** 333 (KG.). Die Vollstreckungskosten setzt das Vollstreckungs-, nicht das Prozeßgericht fest.

4. Kosten der Kostenfestsetzung. **a)** *Fuchs, R. **06** 551 ff. Die Kosten des zweiten und ferneren in derselben Sache ergehenden Kostenfestsetzungsbeschlusses hat die erstattungsberechtigte Partei zu tragen, wenn sie in der Lage war, die den Gegenstand des späteren Festsetzungsgesuchs bildenden Kosten bereits in das erste Festsetzungsgesuch aufzunehmen, wenn also die den Gegenstand des zweiten Festsetzungsgesuchs bildenden Kosten bereits zur Zeit des ersten Fest-

setzungsgesuchs entstanden waren. Die erstattungsberechtigte Partei braucht aber nicht mit der Anbringung des Festsetzungsgesuchs zu warten, weil sie als möglich voraussehen oder bestimmt annehmen kann, daß ihr noch weitere Kosten erwachsen werden; denn dadurch kann sie nicht an der Geltendmachung des ihr mit dem Urteil erwachsenen fälligen Anspruchs auf Ersatz der Kosten gehindert sein. **b**) Metzger, R. **06** 738 f. Die Kostenvorschriften der §§ 91 ff. ZPO., insbesondere § 93 ZPO., finden auch im Kostenfestsetzungsverfahren Anwendung. Danach hat der Kostenschuldner ebenso wie beim ersten Kostenfestsetzungsbeschlusse auch im zweiten Festsetzungsverfahren die Kosten der Festsetzung dann nicht zu tragen, wenn er zu der Festsetzung „keine Veranlassung gegeben hat". Die Kosten des zweiten Verfahrens können dem Kostenschuldner nicht auferlegt werden, wenn der Gläubiger die Auslagen im ersten Verfahren hätte geltend machen können.

§ 105. 1. *Wurzer, R. **06** 592—597. Infolge der Entscheidungen des **RG. 4** 365, JW. **93** 536, **98** 506, SeuffA. **51** 215, **RG. 26** 377, **33** 404, SeuffA. **53** 97 hat sich die Praxis gebildet, daß Gegenstand der richterlichen Entscheidung im Festsetzungsverfahren der ganze Kostenrechnungsbetrag sei; die einzelnen Posten der Rechnung sollen nur die rechnerische Grundlage bilden, nicht aber als eine Reihe besonderer, selbständiger Einzelansprüche in Betracht kommen. Danach wird gestattet, daß der Festsetzungsrichter im Rahmen der Gesamtsumme an Stelle eines geforderten aber unbegründeten Ansatzes zum Ausgleich einen nicht geforderten, aber begründeten Anspruch zubilligt (Gaupp-Stein, ZPO. § 105 Anm. 36). Diese Praxis wird von Wurzer bekämpft. Er weist nach, daß die einzelnen Posten der Kostenrechnung, Schreibgebühren, Porto, Reisekosten usw. wie überhaupt, so auch im Kostenfestsetzungsverfahren selbständige Einzelansprüche sind, und daß nur sie Gegenstand der Entscheidung sein können. Er zeigt, daß das RG. seiner von der Regel abweichenden Entscheidung keine Begründung gegeben habe und weist darauf hin, daß jedenfalls seit dem Beschlusse der Vereinigten Zivilsenate in **27** 402 der Entscheidungen jene Praxis nicht mehr gerechtfertigt sei, da diese Entscheidung inhaltlich jene Praxis als unrichtig bezeichne. Der Festsetzungsrichter ist nicht befugt, an Stelle eines gestrichenen Posten einen anderen nicht geforderten zuzubilligen.

2. BadRpr. **06** 355 (Karlruhe). Dem Anwalt als solchem ist eine Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß auch dann nicht gegeben, wenn die Gebühren deshalb herabgesetzt worden sind, weil der Streitwert nicht richtig bemessen sei. Wohl aber hat in diesem Falle die Partei das Recht der Beschwerde, da sie, falls eine Streitwertsfestsetzung durch besonderen Beschluß nicht stattgefunden hat, ein Interesse an der höheren Festsetzung hat, um nicht etwa ihrem Anwalt mehr Gebühren zahlen zu müssen, als sie nach dem Festsetzungsbeschluß erstattet erhält.

§ 106. 1. R. **06** 307 Ziff. 757 (Stettin). Wenn die vom Gegner zur Einreichung ihrer Liquidation aufgeforderte Prozeßpartei die Frist des § 106 fruchtlos hat verstreichen lassen, so liegt für das Gericht, welches über das Festsetzungsgesuch des Gegners Entscheidung getroffen hat, auch dann keine Veranlassung zur Änderung dieser Entscheidung durch Mitberücksichtigung der Kosten der säumigen Partei vor, wenn die nachträgliche Liquidation der säumigen Partei zwar erst nach Absetzung der Entscheidung, aber vor ihrer Ausfertigung und Zustellung beim Gericht eingegangen ist.

2. OLG. **13** 114 (Celle). § 106 ist auch im Falle des § 124 anwendbar, und zwar auch, wenn nur die Kosten erster Instanz nach Quoten verteilt, die Kosten der Berufungsinstanz dagegen ganz einer Partei auferlegt sind.

3. BadRpr. **06** 200 (Karlsruhe). § 106 findet keine Anwendung auf Fälle, in denen nicht die Prozeßkosten, sondern nur die nach der Zusammenstellung des Kostenbeamten zu berechnenden Gerichtskosten nach Quoten verteilt sind.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist **RG. 61** 300 über den Wegfall der Veranlassung zur Sicherheitsleistung, sowie die widersprechenden Entscheidungen der OLG. Dresden und Karlsruhe über den Fall, daß der Gegner des Hinterlegers freiwillig die Rückgabe der Sicherheit bewilligt.

§ 108. **RG.** R. **06** 186 Ziff. 334. Wenn im Falle des § 771 ZPO. der Widerspruchskläger die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung erwirkt hat, so haftet er bei späterer Wiederaufhebung dieser Maßregel für den inzwischen eingetretenen zufälligen Verlust der Pfandsachen weder allgemein, noch auch mit der bestellten Sicherheit kraft Gesetzes, sondern nur, wenn ihm die Erwirkung der Einstellung der Zwangsvollstreckung zum Verschulden gereicht.

§ 109. 1. LG. Halle, NaumburgAK. **06** 49. § 109 kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich um Leistung einer prozessualen Sicherheit durch Hinterlegung handelt. Das ist nicht der Fall, wenn auf Grund einer einstweiligen Verfügung ein Hypothekenbrief hinterlegt ist. Maßgebend für die Rückgabe ist hier die Hinterlegungsordnung.

2. (Vgl. IDR. **4** § 109 ZPO. 2a.) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 123. Durch die neue Verfahrensvorschrift des § 109 ist der im gewöhnlichen Prozesse zu verfolgende Anspruch des Sicherheitsbestellers auf Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit nicht ausgeschlossen. Diese Klage ist aber erst begründet, wenn Ansprüche, für welche die Sicherheit dem Gegner haften soll, nicht mehr entstehen können.

3. (Vgl. IDR. **4** § 109 ZPO. 1, 2b—d.) **RG. 61** 300. Als „Wegfall der Veranlassung zur Sicherheitsleistung" kann nicht die Beseitigung der prozessualen Maßregel, z. B. des Arrestes, angesehen werden, sondern nur eine derartige Gestaltung der Verhältnisse, daß nach richterlichem Ermessen eine Fortdauer der Sicherheit zur Verhütung einer Gefährdung des durch den Arrest Betroffenen nicht mehr erforderlich erscheint, daß also ein weiterer Schaden nicht mehr entstehen kann und der sofortigen Liquidierung eines etwa entstandenen Schadens Hindernisse nicht mehr entgegenstehen. Dagegen kein Nachweis, daß ein Schaden nicht entstanden ist, erforderlich.

4. OLG. **13** 117, HansGZ. **06** Beibl. 203 (Hamburg). Wenn die bestellte Sicherheit zwei Personen, und zwar jedem selbständig, für die ihnen etwa erwachsenen Schadensersatzansprüche haftet, kann das Verfahren nach § 109 gegen jeden gesondert eingeleitet werden. Das Gericht wird allerdings in solchem Falle die Rückgabe der Sicherheit nur mit einem entsprechenden Vorbehalt anordnen können.

5. **a)** SächsOLG. **27** 349. Wenn eine Partei die Einwilligung der Gegenpartei in die Rückgabe der hinterlegten Sicherheit beibringt, so ist ihrem Antrage auf Anordnung der Rückgabe ohne Fristbestimmung stattzugeben. **b)** OLG. **13** 115 (Karlsruhe). Wenn der Gegner des Hinterlegers freiwillig dem Hinterleger oder dem Gerichte seine Zustimmung zur Rückgabe erklärt, so ist die Anordnung der Rückgabe nicht auszusprechen, da das Gericht auf ordnungsmäßig prozessualem Wege mit der Sache überhaupt nicht befaßt worden ist.

§ 110. 1. OLG. **13** 118, HansGZ. **06** Beibl. 77, NiemeyersZ. **16** 353 (Hamburg). Die Kostenvorschußpflicht besteht auch einem Ausländer gegenüber.

2. *Fuld, GruchotsBeitr. **50** 301 ff. Sicherheitsleistung der Angehörigen der Signatarstaaten der Pariser Union zum Schutze ge-

werbl. Eigentums. Durch den Pariser Vertrag v. 20. 3. 83 und die Brüsseler Zusatzakte v. 14. 12. 00 sind die Angehörigen der Signatarstaaten in Deutschland den Deutschen bezüglich des Schutzes des gewerblichen Eigentums gleichgestellt worden. Diese Gleichstellung ist nicht nur in materiell-rechtlicher Hinsicht, sondern auch in prozessualer von Wichtigkeit, da die Verträge nicht zwischen beiden unterscheiden, so darf sie nicht auf das materielle Gebiet beschränkt werden. Demgemäß können aber die Angehörigen der Signatarstaaten nicht zu der prozessualen Sicherheitsleistung angehalten werden. Bei der Gleichstellung wird sowohl die Gewährung des Schutzes — la même protection — als auch die gerichtliche Hilfe — le même récours légal contre toute atteinte portée à leurs droits — erwähnt. Will man nicht annehmen, daß die Verträge sich einer Tautologie schuldig gemacht haben, war im Hinblick auf die sorgfältige Redaktion sehr unwahrscheinlich, so muß die betreffende Bestimmung dahin verstanden werden, daß sich protection auf die materiell-rechtliche Gleichstellung, récours légal dagegen auf die formalrechtliche bezieht. Dem entspricht auch die Bedeutung von récours légal in der französischen Rechtssprache, indem man hier darunter die formale Verwirklichung materiell-rechtlicher Befugnisse versteht. Der deutsche Ausdruck „Rechtshilfe" deckt sich damit keineswegs. Es kommt auch zugunsten dieser Auslegung in Betracht, daß der Wortlaut der betreffenden Bestimmung sich nicht mit dem Wortlaute des Berner Unionsvertrags deckt, durch welche den Angehörigen der Signatarstaaten eine Befreiung von der Pflicht der Leistung prozessualer Sicherheit nicht eingeräumt wird.

3. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 292 f. Im Entmündigungsverfahren fällt die Pflicht zur Sicherheitsleistung völlig weg.

Siebenter Titel. Armenrecht.

Vorbemerkung: Interessant sind die widersprechenden Entscheidungen der OLG. Kiel und Naumburg über den Einfluß des Armenrechts auf die Haftkostenvorschußpflicht; wichtig sind auch die Entscheidungen zu § 124.

§ 114. 1. Grenzen der Bewilligung. **a)** BayRpflZ. **06** 406 (München). Kein Armenrecht lediglich zwecks Herbeiführung einer Kompetenzkonfliktsentscheidung. **b)** ElsLothJZ. **06** 398 (Colmar). Die Bewilligung des Armenrechts ist nach der Verkündung des Endurteils ausgeschlossen.

2. Voraussetzungen der Bewilligung. **a)** *Siméon, Recht und Rechtsgang II 347. Eine voreilige Bewilligung des Armenrechts an den Kläger kann dem Beklagten ohne sein Verschulden schweren Schaden zufügen. Daher wird es sich oft empfehlen, vor der Bewilligung des Armenrechts den anderen Teil zu hören. — Auch eine weitere Aufklärung des Sachverhalts, z. B. durch Erfordern einer amtlichen Auskunft, vielleicht sogar eine informatorische Vernehmung von Auskunftspersonen kann unter Umständen geboten erscheinen (347). **b)** R. **06** 57 Ziff. 72 (Celle). Die beabsichtigte Rechtsverfolgung des Klägers ist nicht aussichtslos, wenn er Berufung einlegen will gegen ein Urteil erster Instanz, durch das sein zur Zuständigkeit eines Gewerbegerichts gehöriger Anspruch als materiell unbegründet abgewiesen worden ist.

§ 115. 1. Ziff. 1. (Vgl. IDR. **4** § 115 ZPO.) **a)** **RG.** JW. **06** 88[9]. Die arme Partei hat keinen Anspruch auf Erteilung einer zweiten Ausfertigung eines Urteils zum Zwecke der Zustellung, da die Zustellung auch unter Benutzung einer beglaubigten Urteilsabschrift erfolgen kann, die Herstellung dieser beglaubigten Abschrift aber Befugnis und Pflicht des Armenanwalts ist. **b)** (Vgl. IDR. **3** § 115 ZPO. 1.) LG. Kiel, SchlHolstAnz. **06** 129. Die Bewilligung des Armenrechts befreit den Gläubiger nicht von der Vorauszahlung der Haftkosten gemäß § 911 ZPO. — Entgegengesetzt NaumburgAK. **06** 47 (LG. Naum-

burg). c) **RG.** JW. **06** 564 Ziff. 33. Kein Anspruch auf Vorschuß für eine Reise zwecks Untersuchung der armen Partei durch einen ärztlichen Sachverständigen, wenn die Gegenpartei Beweisführer ist; denn keine Partei ist verpflichtet, sich als Beweisobjekt benutzen zu lassen, am wenigsten auf ihre eigenen Kosten.

2. Ziff. 3. R. **06** 120 Ziff. 185 (Jena). Der bestellte Armenanwalt hat kein Recht, vom zukünftigen Prozeßgericht die Beiziehung von Abschriften aus den Grundakten eines Amtsgerichts, deren er zur Anfertigung der Klageschrift zu benötigen glaubt, zu beanspruchen.

§ 118. OLG. **13** 119 (Dresden). Auch ein Inländer, der im Auslande, aber nicht in einem der Vertragsstaaten des Haager Abkommens lebt, braucht nur die von der Behörde des Aufenthaltsorts entgegengenommene Erklärung des Unvermögens zur Bestreitung von Prozeßkosten beizubringen. Die beigebrachte Urkunde untersteht der freien Beweiswürdigung.

§ 119. **RG.** R. **06** 120 Ziff. 186. Die Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechts für die Berufungsinstanz ist als unbegründet zurückzuweisen, wenn über sie erst nach Ablauf der Berufungsfrist entschieden werden kann, weil sie infolge einer Säumnis des Beschwerdeführers zu spät eingereicht ist.

§ 123. 1. SächsOLG. **27** 350. Zur Anwendung des Abs. 2 ist rechtskräftige Verurteilung zu erfordern.

2. Vogel, JW. **06** 217 f. § 123 ZPO. wird nicht durch die §§ 86, 88 GKG., sondern umgekehrt wegen des Wesens des Armenrechts § 88 GKG. durch die genannten Vorschriften der ZPO. über das Armenrecht durchbrochen. Die Vornahme einer Zwangsvollstreckung gegen den mit dem Armenrecht ausgestatteten Kläger steht mit dem Wesen des Armenrechts im Widerspruch.

§ 124. 1. BayRpflZ. **06** 324 (Zweibrücken). Abs. 1 gilt auch für den Fall eines Prozeßvergleichs.

2. OLG. **13** 120 (KG.). Vertritt der Armenanwalt mehrere Streitgenossen, von denen nur einer arm ist, so kann er in eigenem Namen nur den auf die arme Partei entfallenden Kopfteil der Kosten festsetzen lassen.

3. KGBl. **06** 87 (KG.). Der § 124 schließt den Antrag des Beklagten, der das Armenrecht gehabt hat, die dem Gegner auferlegten Kosten zu seinen Händen zu zahlen, nicht an und für sich aus, insbesondere dann nicht, wenn ein dahingehender Antrag von dem Anwalt der armen Partei selbst gestellt worden ist.

4. OLG. **13** 120 (Braunschweig). Ist ein Kostenfestsetzungsbeschluß auf den Namen der armen Partei erlassen, so kann der Armenanwalt die zurückgereichte Ausfertigung mit Vollstreckungsklausel für sich als Rechtsnachfolger der Partei versehen lassen. Er kann auch, wenn er den früheren Beschluß zurückreicht, die Festsetzung auf eigenen Namen beantragen, und zwar auch dann, wenn der frühere Beschluß schon rechtskräftig ist.

5. SchlHolstAnz. **06** 277, NaumburgAK. **06** 93 (Kiel). Ist der Kostenfestsetzungsbeschluß zugunsten des Anwalts ergangen, was anzunehmen ist, wenn der Anwalt den Festsetzungsantrag nicht ausdrücklich im Namen der Partei gestellt, auch nicht angegeben hat, daß die Partei die festzusetzenden Kosten bezahlt hat, so erstreckt sich auf diesen Beschluß das Armenrecht nicht.

§ 127. 1. HessRspr. **6** 177, DJZ. **06** 1268 (Darmstadt). Auch gegen den Beschluß, durch welchen die Entziehung des Armenrechts abgelehnt wird, findet keine Beschwerde statt.

2. **RG.** JW. **06** 564 Ziff. 33. Auch die Entziehung einer einzelnen in dem bewilligten Armenrecht liegenden Befugnis berechtigt zu der im § 127 ZPO. vorgesehenen Beschwerde. (Vgl. **RG.** **42** 369.)

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Vorbemerkung: Zu zahlreichen Entscheidungen gab die Aussetzungsbefugnis des Gerichts nach § 148 Anlaß. Wichtig ist auch **RG.** JW. **06** 565 über die Rechtswirkung einer Anfechtungserklärung in einem Schriftsatz (§ 129).

§ 129. (Vgl. **RG. 53** 148, **58** 227.) **RG.** JW. **06** 565 Ziff. 35. Ob die in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltene Erklärung der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts abgegeben oder nur angekündigt ist, ist Auslegungsfrage. Die prozessuale Wirksamkeit der Anfechtung ist nicht Voraussetzung der materiellen. Die Prozeßbevollmächtigten sind durch die Prozeßvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme solcher Willenserklärungen des materiellen Rechtes, die sofort für und wider die Parteien wirken sollen, ermächtigt, soweit jene Erklärungen mit der Rechtsverfolgung bzw. -Verteidigung des betr. Prozesses zusammenhängen. Die zivilrechtlichen Wirkungen haben sie aber mit dem Zugehen, und zwar selbständig, also auch außerhalb des Rechtsstreits.

§ 130. Limburger, DJZ. **06** 253, führt gegen v. Sommerlatt, SächsA. **15** 594 (JDR. **4** zu § 130) aus, daß Rechtsausführungen in vorbereitenden Schriftsätzen durch das Gesetz nicht verboten und durch das praktische Bedürfnis erfordert sind. — v. Sommerlatt, DJZ. **06** 361, erwidert hierauf, daß er nötige Rechtsdeduktionen in keiner Weise beanstande, daß aber nach geltendem Rechte Rechtsausführungen regelmäßig in den Schriftsätzen nicht vorkommen sollten.

§ 139. 1. **a)** BayObLG. **6** 685, R. **06** 120 Ziff. 188. Der Richter darf bei der Ausübung des Fragerechts nicht gegen die Verhandlungsmaxime verstoßen, er darf also nicht Fragen stellen, um zu ermitteln, ob der Partei etwa außer den von ihr geltend gemachten Rechtsbehelfen noch weitere zur Seite stehen. **b)** R. **06** 566 Ziff. 1318 (BayObLG.). Der Mangel eines zur Begründung des erhobenen Anspruchs wesentlichen Umstandes muß, auch ohne daß er vom Beklagten gerügt wurde, und ohne richterlichen Hinweis darauf, daß an Stelle des unbegründeten Antrags ein neuer wesentlich verschiedener Antrag gestellt werde, zu der vom Beklagten beantragten Abweisung der Klage führen. **c) RG.** R. **06** 566 Ziff. 1317. Eine Verpflichtung der Gerichte, namentlich des Berufungsrichters, auf Klagänderung hinzuwirken, kann selbstverständlich nicht anerkannt werden.

2. **RG.** JW. **06** 114[14]. Die Nichtausübung des Fragerechts kann einen Revisionsgrund nur dann abgeben, wenn die Verhandlungen Anhaltspunkte ergeben haben, daß die Partei Beweismittel und etwaige noch nötige nähere Ausführungen noch beibringen kann und will, das Nichtvorbringen daher offenbar auf einem Versehen beruht. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Partei eine in I. Instanz unter Beweis gestellte Behauptung in II. Instanz ohne Beweisantritt wiederholt, jedoch kein Grund erfindlich ist, warum diese absichtlich beweislos gelassen sein sollte.

§ 147. OLG. **13** 110 (Celle). Von der Verbindung an wirkt die vom Gericht angeordnete Verbindung geradeso, wie eine schon durch die Klage vorgenommene.

§ 148. 1. **RG.** BadRpr. **06** 72. Ein vor dem Vormundschaftsgericht schwebendes Verfahren begründet nicht die Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens im Prozeß auf Herausgabe des Kindes.

2. **a)** SächsOLG. **27** 352. § 148 fordert nicht, daß die Entscheidung in dem anderen Prozesse Rechtskraftwirkungen für den Prozeß haben müsse, dessen Ausgang in Frage steht. Voraussetzung ist vielmehr lediglich, daß die Entscheidung

in dem Rechtsstreite nicht erfolgen kann, ohne daß zugleich über das in dem anderen Rechtsstreite bereits zur Entscheidung stehende Rechtsverhältnis entschieden wird. **b**) LG. München, BayRpflZ. **06** 191. Gleichheit der Tat- und Rechtsfrage im Prozesse gegen eine andere Partei begründet allein noch nicht Abhängigkeit im Sinne des § 148 ZPO., auch kann dem Beklagten als Erstpfandgläubiger billigerweise nicht zugemutet werden, vor dem Amtsgerichte den Ausgang eines kollegialgerichtlichen Prozesses des Anschlußgläubigers abzuwarten oder gar diesem als Nebenintervenient beizutreten. **c**) (Vgl. JDR. **4** § 148 Ziff. c.) R. **06** 370 Ziff. 1680, GewRschutz **11** 210 (Jena). Um einen Antrag auf Aussetzung eines auf Schadensersatz wegen Patentverletzung gerichteten Prozesses zu rechtfertigen, muß glaubhaft gemacht werden, daß die erhobene Nichtigkeitsklage Aussicht auf Erfolg habe. Dazu genügt nicht der Nachweis, daß gegen die Abweisung der Nichtigkeitsklage Berufung eingewendet sei. **d**) OLG. **13** 122 (Königsberg). Der Fall des § 148 ist nicht schon dann gegeben, wenn die bloße Möglichkeit besteht, daß der Prozeß gegenstandslos werden könnte, sondern nur, wenn der Rechtsstreit ohne die Feststellung im schwebenden anderen Prozesse noch nicht spruchreif wäre. Daher keine Aussetzung im Anfechtungsprozesse, wenn der Kläger auf Grund eines Wechsel-Vorbehaltsurteils klagt und im Wechselprozesse zum ordentlichen Verfahren geladen ist.

3. **a**) **RG. 61** 150. Die Ablehnung der Aussetzung bis zur rechtskräftigen Entscheidung eines Anfechtungsprozesses verstößt nicht gegen das Gesetz, wenn mit der Aussetzung nur bezweckt wird, dem Kläger die ihm zur Zeit der Klage fehlende Aktivlegitimation zu verschaffen. **b**) OLG. **13** 122 (KG.). Keine Aussetzung, bis eine Verwaltungsbehörde eine rechtschaffende Genehmigung erteilt hat.

4. BayObLG **7** 312. Die Aussetzung der Entscheidung nach § 148 kann nicht deshalb angeordnet werden, weil die Forderung, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, in einem anderen anhängigen Rechtsstreite zur Aufrechnung gestellt ist.

§ 152. 1. **RG.** BadRpr. **06** 72. Voraussetzung ist, daß die Anfechtungsklage in zulässiger Weise erhoben ist.

2. OLG. **13** 123 (KG.) Keine Anwendung in dem Falle, daß im Anfechtungsprozeß eine Scheidungsklage als W i d e r k l a g e erhoben ist.

§ 160. 1. **a**) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 425. Die Wirkung einer endgültigen Beendigung eines schwebenden Rechtsstreits kommt nur einem in formeller und materieller Beziehung gültigen Vergleiche zu. Die den Vergleich anfechtende Partei ist daher berechtigt, in demselben Rechtsstreit eine Entscheidung des Gerichts darüber herbeizuführen, ob der Vergleich den Rechtsstreit beendet hat oder nicht. **b**) OLG. **13** 141 (KG.). Ein vor dem Gericht erklärter Vergleich erledigt das Verfahren nicht, wie ein rechtskräftiges Urteil. Vielmehr muß das Verfahren auf Betrieb der Parteien seinen Fortgang nehmen, wenn der Vergleich sich als nichtig oder als nicht zustande gekommen erweist. Jede Partei muß daher unbedingt das Recht haben, eine Entscheidung des Gerichts darüber herbeizuführen, ob der Vergleich besteht oder nicht. Das Verfahren wird dann durch Zustellung einer Ladung in Gang gebracht. Das Gericht darf die Anberaumung eines Termins nicht versagen, weil es den Vergleich für perfekt hält. **c**) OLG. **13** 139 (Celle). Da ein Vergleich nur auf einem Vertrage der Parteien beruht, besitzt er niemals die formelle und materielle Rechtskraft, die einem Urteil als einem auf dem Hoheitsrechte der Gerichtsbarkeit ruhenden Staatsakt innewohnt. Ein Vergleich hat zwar insofern dieselbe Wirkung, wie ein Urteil, als er den Rechtsstreit beilegt. Diese Wirkung tritt aber nur dann ein, wenn der Vergleich formell und materiell rechtsgültig ist. Im Falle der Nichtigkeit des Vergleichs kann das nur scheinbar beigelegte Verfahren wiederaufgenommen werden.

2. **RG.** SeuffBl. **06** 17, GruchotsBeitr. **50** 428. Falls die Nichtigkeit eines Prozeßvergleichs noch unentschieden ist und erst durch die weitere Verhandlung festgestellt werden soll, ist ein solches nachträgliches Verfahren in demselben Prozeß ausgeschlossen. Der Vorsitzende kann in solchem Falle die Terminsbestimmung verweigern. Die Nichtigkeit des Vergleichs muß in einem neuen Prozesse geltend gemacht werden. Vgl. über diese und andere die gleiche Frage behandelnde Entscheidungen Lunglmayr, BayRpflZ. **06** 290.

3. Über die Wirkung des Vergleichs auf den Prozeß s. a. BGB. § 779 Ziff. 6.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen über die Formalitäten der Zustellung zeigen sich frei von übertriebenem Formalismus.

§ 166. KGBl. **06** 16 (LG. I Berlin). Der Gerichtsschreiber hat von Amtswegen zu prüfen, ob besonderen Zustellungsersuchen einer Partei stattzugeben sei. Wenn also um Vermittelung der Zustellung der Berufungsschrift an den Prozeßbevollmächtigten des Gegners und an diesen selbst gebeten wird, trifft den Gerichtsschreiber kein Verschulden, wenn er nur an den ersteren zustellen läßt.

§ 170. 1. OLG. **13** 124 (Posen). Wird der Anwalt durch einen Generalsubstituten vertreten, so ist dieser zur Beglaubigung und Zustellung befugt. Hört die Vertretung nach der Beglaubigung auf, so kann der Anwalt den Zustellungsakt fortsetzen, indem er die vom Generalsubstituten vollzogene und beglaubigte Berufungsschrift zur Zustellung an den Gerichtsvollzieher gibt.

2. Fraenkel, DJZ. **06** 700 f. Besteht die Zustellung in der Übergabe einer Ausfertigung, so ist nur erforderlich, daß der Gerichtsvollzieher in einer seinem Auftraggeber auszuhändigenden Urkunde den Vorgang der Zustellung ordnungsmäßig bescheinigt, d. h. es muß aus der Urkunde hervorgehen, was, für wen und an wen zugestellt ist. — Ist die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks gemäß § 754 ZPO. dem Schuldner ausgehändigt, so ist die Errichtung einer von der Urschrift losgelösten Urkunde erforderlich und genügend. — Da nach § 170 Abs. 2 ZPO. der Gerichtsvollzieher die Abschrift erforderlichenfalls zu beglaubigen hat, muß die Übergabe der Abschrift an ihn in einem Zeitpunkt erfolgen, in welchem er in dem Besitze der Urschrift ist. Ist dem Gerichtsvollzieher eine bereits beglaubigte Abschrift ausgehändigt, so kann er diese, ohne ihre Übereinstimmung mit der Urschrift zu prüfen, dem Beklagten zustellen.

3. (Vgl. JDR. **4** § 170 Ziff. a.) **a)** OLG. **13** 125 (Cassel). Der Beglaubigungsvermerk braucht nicht datiert zu sein. Er deckt auch die Abschrift der Terminsbestimmung. **b)** RheinA. **103** I 6 (Cöln). Die Terminsbestimmung bedarf, wenn Urschrift und beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift zwecks Terminsbestimmung und demnächstiger Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers eingereicht waren, der besonderen Beglaubigung, die dem Gerichtsvollzieher obliegt.

4. (Vgl. JDR. **4** § 170 ZPO. b.) **RG. 61** 394. Die Richtigkeit der Ausfertigung oder der beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Urteils muß im allgemeinen gefordert werden. Aber der Inhalt der Urschriften bildet doch immer die Hauptsache, und wenn der wesentliche Inhalt dieser Urschriften auch aus den zugestellten, wenn auch nicht ganz genauen, Ausfertigungen oder Abschriften genügend entnommen werden kann, so liegt kein Grund vor, wegen Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten nebensächlicher Art, z. B. der Weglassung der Worte „und Gen." bei der Klägerbezeichnung, die ganze Zustellung für unwirksam zu erklären.

§ 179. WürttZ. **18** 305 (Stuttgart). Der § 179 findet keine Anwendung, wenn nach Unterbrechung des Verfahrens an Stelle der ursprünglichen Partei eine neue, der Konkursverwalter, tritt.

§ 181. Heuer, DJZ. **06** 1082 ff., schlägt vor, bei einer Revision der ZPO. dem § 181 als Abs. 3 u. 4 folgende Bestimmungen hinzuzufügen, da es eine Ersatzzustellung an Bord von Schiffen nach der ZPO. nicht gibt: „Wird ein an Bord eines Schiffes wohnender Angehöriger der Schiffsbesatzung auf dem Schiffe nicht angetroffen, so kann die für ihn bestimmte Zustellung an den Kapitän (Schiffer), in dessen Abwesenheit an den dienstältesten anwesenden Schiffsoffizier erfolgen. — Wird auch ein Schiffsoffizier nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen auf dem Schiffe angestellten Schiffsmann erfolgen, wenn dieser zur Annahme des Schriftstücks bereit ist".

§ 183. 1. Reger **26** 469 (PrOVG.). Ersatzzustellung ist nur in solchen Geschäftslokalen eines Gewerbetreibenden zulässig, in welchen dieser seine Tätigkeit ausübt und deshalb in der Regel anzutreffen ist.

2. **RG.** JW. **06** 566 Ziff. 36. Die Zustellung eines Schriftstücks, auf dessen Briefumschlag zwei Rechtsanwälte als Adressaten angegeben sind, während in der Zustellungsurkund eerklärt wird, daß das Schriftstück, da der Postbote den Adressaten nicht antraf, dem Gehilfen desselben übergeben sei, ist in Ordnung, wenn feststeht, daß der Gehilfe ein solcher beider Rechtsanwälte war. Hierüber ist erforderlichenfalls das richterliche Fragerecht auszuüben. Vgl. **RG. 24** 416.

§ 190. OLG. **13** 127 (Colmar). Bei Abweichungen der beglaubigten Abschrift von der Urschrift ist letztere maßgebend.

§ 193. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Für Versehen des Postboten, welche die Zustellung wirkungslos machen, haftet die Postverwaltung nicht. Briefe mit Zustellungsurkunde sind im Sinne des RPostG. nur als „gewöhnliche Briefsendungen" anzusehen (**RG. 57** 150). Einschreibsendungen mit Zustellungsurkunde werden von der Post nicht befördert (vgl. GerVollzAnw. § 18 Abs. 4). Wer sich gegen etwaige Versehen des Postboten bei der Zustellung schützen will, hat mithin kein anderes Mittel, als die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher ohne Benutzung der Post vorzuschreiben (357).

§ 198. SächsOLG. **27** 459. Zur Zustellung von Anwalt zu Anwalt gehört als formales Erfordernis Ausstellung des datierten Empfangscheins, auch wenn sie an einem späteren Tage erfolgt.

§ 199. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht. Über Zustellungen im Auslande (auch den Schutz- und Konsulargerichtsbarkeitsgebieten), insbesondere über das Haager Abkommen und seine nach dem Vertrage von 1905 geplanten Änderungen (219 ff.). Mit dem Haager Vertrag ist das tatsächliche Verhalten der ungarischen Behörden nicht vereinbarlich (228 ff.), aber deshalb sind die Verordnungen der deutschen einzelstaatlichen Ministerien über Vergeltungsmaßregeln doch nicht zulässig; sie sind rechtsunwirksam (232 ff.).

§ 202. LG. Mainz, HessRspr. 6 140. § 186 ZPO. gilt nicht für Zustellungen im Auslande.

§ 203. Streiff, JustdRundsch. **06** 26. Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde ist, wenn die Zustellung zwecks Einleitung und Durchführung der Zwangsvollstreckung erfolgen soll, ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

§ 204. 1. Hankel, DJZ. **06** 530 f. Unter „Prozeßgericht" ist das Gericht zu verstehen, bei dem eine Klage wegen des in der Urkunde verbrieften Anspruchs erhoben werden kann.

2. **RG.** JW. **06** 312 Ziff. 19, JW. **06** 568 Ziff. 39. Die öffentliche Zustellung kann immer nur für einen schon den Gegenstand eines Antrags bildenden Fall, nicht aber im voraus für mögliche künftige Fälle bewilligt werden. Die Bewilligung der öffentlichen Zustellung für die Klage erstreckt sich also nicht auf das Versäumnisurteil. Vielmehr ist jedesmal zu prüfen, ob die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung noch fortdauern.

3. OLG. **13** 128 (KG.). Eine Entscheidung, die die Bewilligung der öffentlichen Zustellung von der Einzahlung eines Auslagenvorschusses abhängig macht, ist mit der Beschwerde gemäß § 567 ZPO. anfechtbar. Diese ist auch begründet. Die Fälle, in denen eine solche Abhängigmachung gestattet ist, sind im Gesetz ausdrücklich erwähnt (§§ 84^3, 85^5, 97^2 GKG., §§ 379, 402, 911 ZPO.). Übrigens ist der § 204 Abs. 3 ZPO. nur auf den Abs. 2 Satz 2 zu beziehen, d. h. auf Ladungen.

4. *Ungewitter, BayRpflZ. **06** 332. Die öffentliche Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen erfolgt: a) durch das Amtsblatt, d. h. das für die Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt. Die Auswahl des Amtsblatts fällt nicht in das Gebiet der Rechtsprechung, sondern ist eine Verfügung der Justizverwaltung. Gegen eine solche Verfügung findet kein Rechtsmittel nach den Vorschriften der Prozeßordnungen oder FGG. statt. Jedermann kann aber mit einer Aufsichtsbeschwerde sich an die vorgesetzte Stelle des Gerichts wenden, b) im Deutschen Reichsanzeiger in den im Gesetze ausdrücklich benannten Fällen, c) in anderen öffentlichen Blättern, die vom Gericht im einzelnen Falle ausdrücklich bezeichnet werden, d) durch Anschlagung an die Gerichtstafel, wenn dies vom Gesetze oder vom Gericht angeordnet wird, e) durch Anheftung an die Gemeindetafel. In Bayern sind die Gemeinden nicht verpflichtet, gerichtliche Verfügungen. abgesehen von solchen, die im Grundbuchanlegungsverfahren ergehen, an der Gemeindetafel anzuschlagen.

§ 207. 1. (Vgl. JDR. **4** § 207 ZPO.) OLG. **13** 128, HansGZ. **06** Beibl. 51 (Hamburg). Ein wiederholtes Gesuch um Zustellung eines Arrestbefehls im Auslande, weil die erste Zustellung sich wegen eines vorübergehenden Hindernisses nicht bewirken ließ, ist kein neues Gesuch im Sinne des § 207 ZPO.

2. **RG.** JW. **06** 567 Ziff. 37, NaumburgAK. **06** 63. Die zweiwöchige Frist des Abs. 2 ist eine Verlängerung oder Erweiterung der Notfrist, hat demnach selbst Notfristcharakter.

Dritter Titel. Ladungen, Termine, Fristen.

§ 216. *Bechmann, BayRpflZ. **06** 263 f. Die bei der Terminsanberaumung angegebene Terminsstunde verpflichtet den Richter nicht zum Aufruf der Sache bei ihrem Eintritt; sie hat nur die negative Bedeutung, daß vor ihrem Eintritt die Sache nicht aufgerufen werden darf. Einem zur Schikane des augenblicklich abwesenden oder verhinderten Gegners gestellten Antrag auf Versäumnisurteil begegnet der Richter mit der Verweigerung des Aufrufs des Rechtsstreits vor dem Erscheinen des Gegners.

§ 223. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Eine neue Notfrist von einwöchiger Dauer hat das RG. vom 5. Juni 1905 eingeführt, nämlich die Frist, in der der Beschwerdeführer die Entscheidung des Reichsgerichts nachsuchen kann, nachdem das Oberlandesgericht eine gegen seine Entscheidung eingelegte Beschwerde als unzulässig verworfen hat (ZPO. § 574 Abs. 2). — Die neue Frist zur Begründung der Revision ist keine Notfrist; ihre Verlängerung durch Parteivereinbarung ist zwar ausgeschlossen, aber sie läuft nicht während der Ferien (ZPO. § 554) (363).

§ 228. RG. 62 207, JW. 06 118 Ziff. 24. „Verlegung des Termins" liegt vor, wenn ein Termin vor seinem Beginne, d. h. vor dem Aufruf der Sache, aufgehoben und ein neuer Termin anberaumt wird. „Vertagung der Verhandlung" liegt dagegen vor, wenn nach dem Aufruf der Sache die Verhandlung auf einen anderen Tag oder auf eine andere Stunde verschoben wird. Das Gesuch um Vertagung erfordert eine mündliche Verhandlung, da es im Termine zur mündlichen Verhandlung in Gegenwart des Gegners — anders liegt der Fall des § 335 ZPO. — vorgebracht wird. Daher ist gegen die Ablehnung des Gesuchs keine Beschwerde zulässig.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen waren nicht zahlreich, aber zum Teil prinzipiell wichtig, wie RG. JW. 06 470, OLG. Cassel, R. 06 1321.

§ 233. 1. a) RG. JW. 06 470 Ziff. 28. Zur Rechtfertigung der Wiedereinsetzung genügt es, daß Ereignisse, die vom Antragsteller durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abzuwenden oder in ihren schädlichen Folgen zu vermeiden waren, dazu führten, daß der Antragsteller von der Zustellung des Urteils erst nach Ablauf der Berufungsfrist Kenntnis erhielt. Verschulden der Gegenpartei ist nicht erforderlich. b) R. 06 1321 Ziff. 3213 (Cassel). Ein unabwendbarer Zufall liegt auch in der Nachlässigkeit einer von einem Rechtsanwalt mit der Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht beauftragten Person, wenn der Rechtsanwalt alle ihm vernünftigerweise zuzumutende Sorgfalt zu dessen Verhütung angewendet hat. c) RG. JW. 06 170 Ziff. 16, JustdRundsch. 5 119. Wenn ein Urteil in Abwesenheit des Anwalts an dessen Mutter zugestellt und von dieser verlegt wird, so liegt wohl ein Zufall, aber kein unabwendbarer vor. Der positiven Feststellung eines Verschuldens der Beteiligten bedarf es nicht. d) (Vgl. JDR. 4 § 115 ZPO. 2—6.) OLG. 13 119. Kein Wiedereinsetzungsgrund, wenn der Armenanwalt, der am 11. April den Beiordnungsbeschluß erhielt, bis zum Ablauf der Berufungsfrist am 16. April die Berufung nicht eingelegt hatte. Der Anwalt konnte und mußte sofort, auch ohne besondere Vollmacht, sich der armen Partei annehmen und für Wahrung der Fristen bedacht sein. e) KGBl. 06 16 (LG. I Berlin). Verspätete Prüfung der Zustellungsformalien seitens der Partei enthält zumindest ein konkurrierendes Verschulden dieser, welches die Wiedereinsetzung ausschließt.

2. a) PosMschr. 06 14 (Stettin). Daß die Partei ohne ihr Verschulden von der Urteilszustellung keine Kenntnis erhalten hat, genügt nur bei Versäumnisurteilen. Ob die Gegenpartei arglistigerweise es unterlassen hat, von dem Schweben des Rechtsstreits Kenntnis zu geben, ist für die Frage der Wiedereinsetzung unerheblich. b) HessRspr. 7 131 (Darmstadt). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Einspruchsschrift wurde gewährt in einem Falle, wo der Antragsteller 5 Tage vor Ablauf der Notfrist den Antrag auf Gewährung des Armenrechts unter Hinweis auf den bevorstehenden Ablauf der Einspruchsfrist — während der Gerichtsferien — gestellt hatte. c) RG. JW. 06 567 Ziff. 38. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 auf die in Ehesachen nach nicht kontradiktorischer Verhandlung ergehenden Urteile ist ausgeschlossen.

3. SächsOVG. 8 339. Mit der Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer gesetzlichen Frist steht die Behauptung, daß die Frist eingehalten worden sei, in Widerspruch.

§ 235. KGBl. 06 16 (LG. I Berlin). Durch diese Vorschrift soll die Partei nur gegen ein Verschulden des Zustellungsbeamten, nicht gegen ihr eigenes oder das ihres Vertreters geschützt werden. Sie setzt also voraus, daß die Partei

bei Erteilung des Zustellungsauftrags alles ihr Obliegende getan hat, um die ordnungsmäßige Ausführung der Zustellung zu sichern.

§ 236. 1. Kleinfeller, DJZ. **06** 308 ff. Gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist ist, trotzdem sie als Notfrist bezeichnet wird, mangels einer Vorschrift über den Weg nach der Novelle v. 5. 6. 05 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zulässig. (Vgl. JDR. **4** § 236.)

2. OLG. **1** 130, SchlHolstAnz. **06** 296 (KG.). Die Mittel für die Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen müssen in dem Schriftsatz bezeichnet sein, sonst ist das Gesuch unzulässig. Hierzu genügt bei der Behauptung, die Einspruchsschrift sei nicht rechtzeitig zugestellt worden, weil der Anwalt der Gegenpartei fälschlich im Urteil als Justizrat bezeichnet sei, nicht die Bezugnahme auf das Urteil; es muß auch auf den Retourbrief Bezug genommen sein.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. *Burghardt, JustdRundsch. **06** 68—73. Wenn auch die Zustellung des Urteils noch zu Lebzeiten der Parteien erfolgte, so wird das Verfahren durch den Tod einer Partei innerhalb der Rechtsmittel(Einspruchs)frist doch unterbrochen, und es bedarf der Aufnahme des Verfahrens durch die Erben, um die Frist von neuem gegen sie in Lauf zu setzen. Denn das Verfahren im Sinne des § 239 ZPO. ist nicht wie die Instanz mit der Zustellung des Urteils, sondern erst mit der Rechtskraft der Endentscheidung beendet. Sofern gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt wird, erfolgt die Ladung zur Aufnahme bzw. Verhandlung über die Sachlegitimation vor das Gericht der vorigen Instanz. Es widerspräche dem Interesse der Parteien und findet im Gesetze selbst keinen Halt, die Verhandlung und Entscheidung über die Aufnahme dem Rechtsmittelgericht zuzuweisen, das mit der Sache erst befaßt werden kann, wenn ein Rechtsmittel eingelegt ist oder wird. Vielmehr läßt sich in analoger Anwendung der §§ 302, 540, 541, 599, 600 ZPO. wohl behaupten, daß der Rechtsstreit insolange bei der unteren Instanz anhängig bleibt, als etwa über die Frage der Aufnahme des Rechtsstreits zu entscheiden ist. Solange die Erben in Erbengemeinschaft leben, kann die Aufnahme des Verfahrens nur gegenüber allen Erben betätigt und nur von allen Erben erklärt werden. Dies folgt aus §§ 2032, 2033, 2038—2040 BGB. Da sohin auf Seite der Erben notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, muß der nur gegen einen Erben gerichtete Antrag auf Aufnahme des Verfahrens mangels der nötigen Passivlegitimation abgewiesen werden.

2. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Das „Versäumniszwischenurteil" über die Aufnahme ist durch die Novelle beseitigt. Gleichwohl soll es nach Ansicht des RG. in einem besonderen Falle noch zulässig sein: wenn nämlich die Unterbrechung oder Aussetzung zwischen zwei Instanzen, nach Zustellung des Urteils aber vor Einlegung des Rechtsmittels eingetreten ist (**RG. 58** 202). Der Fall macht auch sonst Schwierigkeiten. Welches Gericht hat über einen Aussetzungsantrag zu beschließen? Die untere Instanz ist durch die Zustellung des Urteils geschlossen und die höhere Instanz, solange das Rechtsmittel nicht eingelegt, noch nicht eröffnet. Das RG. hat sich in der angef. Entsch. auf den Standpunkt gestellt, daß zwar das höhere Gericht über den Antrag zu beschließen, aber der bisherige — bei dem unteren Gericht zugelassene — Prozeßbevollmächtigte den Antrag zu stellen befugt sei (367).

§ 240. 1. DJZ. **06** 1380 (Braunschweig). Der frühere Gemeinschuldner, der mit dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich das Recht zurückerlangt, über die Konkursmasse frei zu verfügen, tritt kraft Gesetzes in den anhängigen

Prozeß mit dem Konkursverwalter ein, ohne daß es einer Anzeige oder Aufnahme bedarf. Dies gilt auch bei Masseansprüchen.

2. HansGZ. 06 Beibl. 25 (Hamburg). Ein Gläubiger, der auf anteilsmäßige Befriedigung aus der Masse verzichtet, kann seine Forderung gegen den Gemeinschuldner persönlich auch während der Dauer des Konkursverfahrens ohne Rücksicht auf dieses gerichtlich verfolgen und ein Urteil auf Zahlung nach beendigtem Konkurse erwirken (vgl. RG. 29 74). Ein Verzicht auf Befriedigung aus der Masse liegt aber nicht schon in dem Unterlassen der Anmeldung, die ja jederzeit nachgeholt werden kann.

§ 241. 1. ElsLothJZ. 06 293 (Colmar). War ein Minderjähriger durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten, so tritt infolge des Wegfalls der Vertretungsmacht des Vormundes (durch Eintritt der Großjährigkeit des Minderjährigen) eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein. Auch ist dem großjährig Gewordenen die Klage nicht nochmals zuzustellen.

2. OLG. 13 130 (Dresden). Wenn der im Interesse des einen, unmündigen Miterben gegen die übrigen prozessierenden Testamentsvollstrecker wegfällt, so wird der Prozeß nur dann unterbrochen, wenn der unmündige Miterbe, dessen Vater ihn wegen Interessenkollision nicht vertreten konnte, keinen Pfleger hat. Das Gericht muß, bevor es gegen den Unmündigen ein Versäumnisurteil erläßt, den Nachweis verlangen, daß ein Pfleger in Pflicht steht.

3. RG. JW. 06 311 Ziff. 18. Der Nachlaßpfleger, dessen Wirkungskreis die Verwaltung des Nachlasses und die Ermittelung der Erben ist, ist zur weiteren Betreibung eines Ehescheidungsprozesses des Erblassers berufen, da es sich nur noch um die Kosten handelt.

§ 246. RG. 62 26. Die Aussetzung wird erst wirksam mit der Verkündung bzw. Zustellung des sie anordnenden Beschlusses. War also schon vor der Zustellung die Rechtsmittelfrist abgelaufen, so ist der während dieser Frist erlassene Aussetzungsbeschluß gegenstandslos; das Verfahren ist rechtskräftig beendigt.

§ 248. Müller, DJZ. 06 963 f. (vgl. zu § 239 und JDR. 4 § 246c). Für die nach Zustellung des Instanzendurteils, aber vor Einlegung des Rechtsmittels oder vor dem Ablaufe der Rechtsmittelfrist erforderlich werdenden Prozeßhandlungen, insbesondere für die Aussetzung des Verfahrens ist noch das Gericht der unteren Instanz zuständig.

§ 251. *Bunsen, BuschsZ. 35 423 Anm. 32. Haben die Parteien vereinbart, daß das Verfahren während einer bestimmten Zeit oder bis zu einem künftigen Prozesse ruhen soll, so ist solcher Vereinbarung, mag dieselbe im Prozesse oder außerhalb desselben geschlossen sein, unmittelbare Wirkung beizulegen, so daß das Gericht, wenn trotzdem der Prozeß auf Betreiben einer Partei vorzeitig betrieben wird, auf Einwand der Gegenpartei die Aussetzung des Verfahrens bis zur kritischen Zeit anzuordnen hat, wie im Gegensatze zu Kohler (Der Prozeß als Rechtsverh. 88 und in Enzyklopädie II 131) in Übereinstimmung mit Schwalbach, ACivPr. 64 293, Planck, Lehrb. I 521, RG. 49 350 ausgeführt wird.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen auf dem Gebiete des ersten Titels waren wieder recht zahlreich. Von Interesse ist die Arbeit Schloßmanns über Klagen auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs, sowie die mehreren Aufsätze über Prozessieren unter

falschem Namen. Reichhaltig war wiederum die Judikatur zu § 256, aus der hervorzuheben **RG. 61** 164 und **RG. R. 06** 691. Prinzipiell wichtig zum Begriff der Klagänderung ist **RG. JW. 06** 25.

Vor § 253. **a)** Engelbrecht, DJZ. **06** 520ff., behandelt das Verhältnis von Klagegrund, Klagänderung und Rechtskraft und gelangt auf Grund der Substantiierungstheorie zu folgenden Sätzen: Klagegrund ist der Komplex der ein bestimmtes Rechtsverhältnis begründenden Tatsachen. Klageänderung liegt vor, wenn der Komplex dieser Tatsachen so geändert wird, daß sich ein anderes Rechtsverhältnis ergibt. Res iudicata liegt nur dann vor, wenn ein Tatbestand gebracht wird, der mit dem bereits abgeurteilten Tatbestande identisch ist, nicht schon dann, wenn das Rechtsverhältnis zwar identisch ist, der neu gebrachte Tatbestand aber ein neuer Entstehungstatbestand desselben Rechtsverhältnisses ist. **b)** Schloßmann, JheringsJ. **45** 97—140, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs. Das Recht gewährt nur ein Recht auf die Vornahme der zur Verschaffung oder Beseitigung eines Rechtes erforderlichen Handlungen, nicht aber auf Herbeiführung des Rechtserfolgs, der gar nicht allein von dem Willen des Verpflichteten abhängig zu sein braucht. Bezüglich des Rechtserfolgs stellt das Gesetz vielmehr nur eine Gewährleistungspflicht auf, d. h. eine Haftung für das Ausbleiben des Rechtserfolgs. Daher ist der Klageantrag aus dem Kaufe, wie das Urteil, nicht auf Herbeiführung des Rechtserfolgs, also auf Übertragung des Eigentums, sondern nur auf Herausgabe der Sache zu richten, womit höchstens noch eine Feststellungsklage wegen des bedingten Anspruchs auf Rücktritt oder Schadensersatz zu verbinden ist. Antrag und Urteil auf Übereignung wird dagegen auszulegen sein als gerichtet auf Vornahme der zur Übertragung rechtlich notwendigen Handlungen. Ein solcher Antrag wäre aber nicht korrekt, weil er der notwendigen Bestimmtheit entbehrt. Ein Antrag auf Beseitigung eines dinglichen Rechtes an Grundstücken ist nur korrekt, wenn das Recht für den Beklagten eingetragen ist oder wenn die Beseitigung durch einen Dritten bewirkt werden kann, wenn z. B. der Hypothekengläubiger zur Annahme der Zahlung verpflichtet ist. Unrichtig ist schließlich auch der Antrag auf Verurteilung zur Auszahlung oder Annahme eines Darlehens. Es ist auf Zahlung zu klagen und damit ev. eine Feststellungsklage zu verbinden.

§ 253. 1. Abs. 2 Ziff. 1. **a)** Hellwig, DJZ. **06** 69 f., führt aus, daß, wenn eine Partei im falschen Namen prozessiert, die Partei, welche prozessiert hat, von dem Urteil betroffen wird, nicht die Person, deren Namen mißbraucht worden ist. — Oertmann, DJZ. **06** 735 ff., unterscheidet dagegen, ob nur ein falscher Name angegeben oder ob die Klage gegen ein falsches Individuum gerichtet worden ist. Das letztere liegt aber nicht vor, weil die Klage einer falschen Person zugestellt ist. **b)** LG. I Berlin, KGBl. **06** 89. Ist der Name des Beklagten in der Klage wissentlich falsch als Otto Be. statt Otto Beh. angegeben, so ist die Klagezustellung unwirksam. Der Kläger kann aus dem Urteil Rechte gegen den Beklagten nicht herleiten.

2. Abs. 2 Ziff. 2. **a)** **RG. JW. 06** 204 Ziff. 26, vgl. zu § 304. **b)** **OLG. 13** 132 (Naumburg). Die Vorschrift unter Ziff. 2 ist im Interesse des Beklagten gegeben, damit dieser wisse, um was für einen Anspruch es sich handle. Daher genügt die Bezugnahme auf einen voraufgegangenen Zahlungsbefehl. **c)** **RG. JW. 06** 171 Ziff. 17. Bei der Handhabung des § 253 Ziff. 2 sind überhaupt die Umstände des einzelnen Falles, namentlich die Möglichkeit einer eingehenderen Begründung des Klaganspruchs zu berücksichtigen, daher auch der Umstand, daß der Beklagte die vertragswidrigen Einzelverkäufe offenbar geheim gehalten hat, so daß sich Kläger über deren Höhe keine zuverlässige Kenntnis verschaffen

konnte. d) RG. R. 06 307 Ziff. 760. Es besteht kein gesetzliches Hindernis, daß im Eventualverhältnis geklagt wird; also Klage auf Nichtigkeitserklärung oder Wandelung eines Tauschvertrags event. auf Schadensersatz ist zulässig. e) OLG. 13 137 (Stettin). Die Klage auf Schadensersatz kann, gerichtet auf eine bestimmte Geldsumme oder unter Vorbehalt der Feststellung des Betrags, fürsorglich mit der Klage auf Individualleistung, auf Herausgabe von Sachen, von vornherein verbunden werden. Es erscheint ferner durchaus zulässig, falls der Individualleistungsanspruch spruchreif ist und die Vertretungspflicht des Schuldners auf Geldersatz dem Grunde nach gerechtfertigt ist, diese Folgen durch Urteil unbedingt auszusprechen und in einem späteren Urteil auf den Betrag des Geldersatzes ebenfalls unbedingt zu erkennen. f) RG. R. 06 383 Ziff. 966. Die Tatsache, daß der Kläger seinen Anspruch lediglich als Schadensersatzanspruch zu begründen versucht hat, steht prozeßrechtlich der vom Berufungsgericht gegebenen abweichenden rechtlichen Beurteilung des Anspruchs als Bereicherungsanspruchs nicht entgegen.

3. Abs. 2 Ziff. 3. a) OLG. 13 135 (Stuttgart). Die Ladung auf einen zur Zeit der Zustellung bereits in der Vergangenheit liegenden Termin ist in sich widersinnig und daher überhaupt nicht mehr als Ladung zu bezeichnen. b) LG. Mannheim, BadRpr. 06 340. Die Ladung des Beklagten zu einem in einer anderen Prozeßsache anstehenden Termin unter Zustellung einer Abschrift der Klage ist keine ordnungsmäßige Klagerhebung, weil es an der Ladung zu einem in dieser Sache vom Vorsitzenden bestimmten Termin fehlt.

4. Abs. 3. RG. JW. 06 67[19], NaumburgAK. 06 65. Die Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei ist kein wesentlicher Bestandteil der Klagschrift, sondern nur durch die Ordnungsvorschrift des § 130 Ziff. 1 ZPO. erfordert. Wesentlich ist nur, daß die Zustellung der Klage für die nicht prozeßfähige Partei an eine physische Person erfolgt, die zur rechtswirksamen Entgegennahme der Zustellung für jene vom Gesetz für berechtigt und verpflichtet erklärt ist. Gemäß § 171 Abs. 2 ZPO. sind dies die Vorsteher von Vereinen rc., und zwar auch dann, wenn sie satzungsgemäß nicht zur Vertretung im Prozeß berechtigt sind.

§ 254. 1. KGBl. 06 7, OLG. 12 363 (KG.). Der Vorbehalt des § 254 in der Klage ist nur dann von Wirkung, wenn die gleichzeitige Erhebung eines Leistungsanspruchs neben dem Antrag auf Rechnungslegung zum Ausdruck gebracht, nicht bloß vorbehalten wird.

2. RG. R. 06 507 Ziff. 1184. Der in einer Klage mit dem Antrag auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses verbundene Antrag auf Zahlung des Wertes dieses Vermögens oder eines Bruchteils desselben ist nicht als Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO., sondern gemäß § 254 zu behandeln.

3. SchlHolstAnz. 06 121 (Kiel). Der Anspruch auf Rechnungslegung ist für den Anspruch auf Leistung präjudiziell. Daraus folgt, daß über den Anspruch auf Rechnungslegung vorab durch Teilurteil zu entscheiden ist. Ein Urteil, daß Beklagter Rechnung zu legen und den danach zugunsten des Klägers sich ergebenden Betrag ihm auszukehren hat, ist unzulässig.

4. RG. 61 405. Die Vorschrift des § 268 Ziff. 3 ZPO. ist nach rechtskräftiger Erledigung des Hilfsanspruchs auf Rechnungslegung rc. weder direkt, noch analog anwendbar, so daß im Verfahren über den Hauptanspruch nicht das Interesse eingeklagt werden kann, das beim Ausbleiben der aus dem Teilurteil geschuldeten Handlung dem Gläubiger zu erstatten ist.

5. OLG. 12 271 (Dresden). Durch § 254 hat der Grundsatz, daß der Erlaß eines Teilurteils im Ermessen des Gerichts steht, nur insofern eine Einschränkung erlitten, als das Gericht, wenn es den Anspruch auf Rechnungslegung

50*

für begründet hält, diese Verurteilung durch Teilurteil aussprechen muß. Im übrigen ist aber auch hier der Erlaß eines Teilurteils Ermessenssache des Gerichts und vom Berufungsgericht nicht nachzuprüfen.

§ 256. 1. Prüfung von Amts wegen. **a)** **RG.** JW. **06** 339 Ziff. 19. Die Frage, ob die Feststellungsklage zulässig sei, ist von Amts wegen zu prüfen. **b)** BadRpr. **06** 323 (Karlsruhe). Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist von Amts wegen zu prüfen, bevor eine sachliche Entscheidung gefällt werden darf. Wenn sich der Beklagte eines Anspruchs gegen den Kläger berühmt, so hat dieser ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Feststellungsklage sind nach dem Zeitpunkt ihrer Erhebung zu beurteilen; ob das Interesse später wegfällt, ist gleichgültig.

2. Über die Sachlegitimation zur Feststellungsklage vgl. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 78 f. Es ist eine rein terminologische Frage, ob die S. aus dem Feststellungsinteresse hergeleitet wird (so insbesondere Wach) oder nicht; denn der Begriff des „rechtlichen Interesse" gewinnt erst durch Beziehung auf die Rechtskraft Inhalt und Bedeutung. Jedenfalls ist zu fordern, daß das begehrte Urteil geeignet sei, das festgestellte Rechtsverhältnis selbst mit Rücksicht auf seine wesentlichen Wirkungen unter den Parteien rechtskräftig festzustellen; es genügt nicht, wenn Rechtskraft für ein anderes Rechtsverhältnis geschaffen wird, dessen Voraussetzung das festzustellende ist. Regelmäßig wird also der Berechtigte der einzige aktiv (bei negativer Feststellungsklage passiv) Legitimierte sein. Übersicht über die Rechtsprechung des RG. 87 f. Das dort mitgeteilte Urteil v. 7. 12. 03 (Rep. V 128/03) scheint das „rechtliche Interesse", welches mit der Rechtskraft in Zusammenhang gebracht wird, für ausreichend zur Begründung der Passivlegitimation zu halten. — Urteil des OLG. Breslau v. 28. 1. 03 (Lux 85): aktiv legitimiert ist nur, wer eine der Rechtskraft fähige Feststellung des Rechtsverhältnisses zu erzielen in der Lage ist. — Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft Lux 89 f.

3. „Rechtsverhältnis". **a)** **RG. 61** 164. Zum Unterschied von künftig möglicherweise entstehenden Rechtsverhältnissen oder bloßen Rechtsfragen, welche für solche Verhältnisse Bedeutung haben, können Gegenstand der Feststellung nach § 256 auch nur bedingt oder betagt bestehende Rechtsverhältnisse sein, so die Verpflichtung zum Ersatz eines erst zu erwartenden Schadens. **b)** **RG.** JW. **06** 569 Ziff. 40. Eine Klage auf Feststellung, daß eine Erbschaftsentsagung des Beklagten unwirksam ist, bezweckt nicht lediglich die Feststellung einer Tatsache, sondern des Bestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 ZPO. Ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung kann jedes Interesse sein, welches sich in irgendeiner Weise auf die Rechtsverhältnisse des Feststellungsklägers bezieht; auch das ökonomische Interesse zu wissen, woran man in Ansehung eines Rechtsverhältnisses sei, und das Interesse, Prozesse und Kosten zu ersparen.

4. Feststellungsinteresse. (Vgl. oben 1 b und 3 b, sowie JDR. **4** § 256 II c—g.) **a)** **RG.** R. **06** 1083 Ziff. 2522. Zur Rechtfertigung der Feststellungsklage genügt jedes Interesse, welches in irgendeiner Weise sich auf die Rechtsverhältnisse des Klägers bezieht; insbesondere ist die Feststellungsklage zulässig, wenn der Kläger ein ökonomisches Interesse daran hat, zu wissen, woran man in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einzurichten; das Interesse kann auch darin bestehen, anderweite Prozesse abzuschneiden und Kosten zu ersparen. **b)** OLG. **13** 137 (Dresden). Ein Feststellungsinteresse haben die Kläger, weil der Beklagte sich der Forderung berühmt. Seine Erklärung, er denke nicht daran, die Forderung anders als durch Aufrechnung gegen die Klagforderung geltend zu machen, enthält keinen rechtsgültigen Verzicht auf die Durchführung seines An=

spruchs außerhalb dieses Rechtsstreits. **c)** R. **06** 623 Ziff. 1512 (Karlsruhe). Die Vorbehaltung eines höheren als des Klaganspruchs in einem vorbereitenden Schriftsatz des Klägers gibt dem Beklagten nicht ohne weiteres das Recht zur Erhebung einer Widerklage auf Feststellung, daß dieser höhere Anspruch nicht bestehe. **d)** OLG. **12** 128 (Jena). Ob das Bestreiten eines Rechts schon das Feststellungsinteresse begründet, ist nach den Umständen zu beurteilen.

5. Möglichkeit der Leistungsklage. (Vgl. JDR. **4** § 256 IIa.) **a)** **RG.** R. **06** 691 Ziff. 1677. Die bloße Möglichkeit, die Leistungsklage zu erheben, schließt die Feststellungsklage nicht mit Notwendigkeit aus. Insbesondere ist bei Schadensersatzansprüchen, die auf einem einheitlichen Grunde beruhen, der Beschädigte nicht gehindert, sich zunächst auf die Feststellungsklage zu beschränken, auch wenn ein Teil des erlittenen Schadens schon jetzt zur Ziffer gebracht werden könnte. **b)** BraunschwZ. **06** 71 (Braunschweig). Es besteht nicht ein Rechtssatz, daß die Feststellungsklage nur dann zulässig sei, wenn die Möglichkeit, eine Leistungsklage zu erheben, nicht vorliege. Daher ist die Feststellungsklage betreffs Bestehens eines Mietverhältnisses zulässig, auch wenn bereits auf eine Mietzinsrate oder gemäß § 259 ZPO. auf Leistung der zukünftigen Mietgelder geklagt werden kann. **c)** R. **06** 1202 Ziff. 2888 (Frankfurt a. M.). Trotz der Möglichkeit der Leistungsklage kann eine Feststellungsklage dann erhoben werden, wenn der Kläger anderenfalls genötigt wäre, seinen Entschädigungsanspruch für die noch nicht abgeschlossene Beschädigung aus einer fortwirkenden Ursache in Teilbeträgen und in mehreren Prozessen zu verfolgen. **d)** SächsRpflA. **06** 335 (Dresden). Auch wenn ein Miterbe gemäß § 2039 BGB. gegen den anderen Miterben auf Leistung, d. h. auf Zahlung an sämtliche Erben klagen kann, ist doch auch die Feststellungsklage zulässig, falls nur die Grundlage für ein Erbauseinandersetzungsverfahren gewonnen werden soll. **e)** **RG.** JW. **06** 688 Ziff. 9. Feststellungsklage des gegen Haftpflicht Versicherten gegen die Versicherungsgesellschaft, bevor der Anspruch des verletzten Dritten festgestellt ist, ist zulässig. Eine Leistungsklage wäre noch gar nicht zu begründen (vgl. zu § 257).

6. **RG.** NaumburgAK. **06** 74. Die Feststellungsklage betreffs der Schadensersatzpflicht des Beklagten wegen Körperverletzung ist sofort nach der Verletzung zulässig, sofern auch nur die Möglichkeit einer hierdurch verursachten Vermögensschädigung vorliegt, sofern nicht mit höchster Wahrscheinlichkeit aller menschlichen Voraussicht nach eine nachteilige Folge als ausgeschlossen zu betrachten ist.

7. Abweisung der negativen Feststellungsklage. **a)** **RG.** JW. **06** 809 Ziff. 4. Die Folge der Abweisung einer negativen Feststellungsklage ist, daß das Bestehen des vom Kläger bestrittenen Rechtsverhältnisses mit der Rechtskraft des Urteils unabänderlich festgestellt ist. Daher muß das Urteil sich bestimmt über dasjenige Rechtsverhältnis aussprechen, dessen Dasein der Richter als bewiesen ansieht. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 95 (Hamburg). Durch die Abweisung der negativen Feststellungsklage wird unter den Parteien rechtskräftig die Positive festgestellt, daß der Vertrag zustande gekommen ist.

8. Gerichtsstand. **a)** Dispeker, BayRpflZ. **06** 398. Die Feststellungsklage folgt dem Gerichtsstand, dem die Klage aus dem konkreten Rechtsverhältnis selbst angehört. **b)** R. **06** 1142 Ziff. 2664 (Frankfurt a. M.). Für Feststellungsklagen ist derjenige Gerichtsstand maßgebend, der für das konkrete Rechtsverhältnis in Betracht käme, wenn auf Leistung geklagt wäre.

9. **RG.** R. **06** 383 Ziff. 969. Mit einem Feststellungsurteil ist es unvereinbar, daß es für vorläufig vollstreckbar erklärt wird.

10. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 212—214. Auf § 256 läßt sich nicht — wie Kohler und das RG. früher gewollt haben — eine Klage auf Unterlassung gründen. Mit der Klage auf Unterlassung soll ein vollstreckbares Unter-

lassungsgebot erzielt werden, die Klage des § 256 dagegen geht nur auf die unvollstreckbare Feststellung einer Unterlassungspflicht.

§ 257. R. **06** 446 Ziff. 1095 (Zweibrücken). Die Möglichkeit einer Klage auf Räumung nach § 257 steht der auf den nämlichen Tatbestand gestützten Feststellungsklage nach § 256 ZPO. nicht im Wege.

§ 258. 1. Nur einseitige Leistungen. **a)** **RG. 61** 333 (vgl. IDR. **4** § 258 a). Diese Vorschrift bezieht sich nur auf einseitige Leistungen, deren Fälligkeit lediglich vom Zeitablauf abhängt, nicht aber auf solche Leistungen aus zweiseitigen Verträgen, welche von einer gleichzeitigen oder vorgängigen Gegenleistung des Klägers abhängig sind, insbesondere nicht auf Mietzinsen. **b)** Tebelmann, DIZ. **06** 428. § 258 bezieht sich nur auf einseitige Leistungen, deren Fälligkeit lediglich vom Zeitablauf abhängt, nicht aber auf solche Leistungen aus zweiseitigen Verträgen, welche von einer gleichzeitigen oder vorgängigen Gegenleistung des Klägers abhängig sind, also insbesondere nicht auf Miet- und Pachtzinsen.

2. Fälligkeit einer Leistung. **a)** **RG.** IW. **06** 470 Ziff. 29, EisenbE. **23** 77. Fälligkeit wenigstens einer Leistung wird nicht vorausgesetzt. (Vgl. dagegen IDR. **4** § 258 lit. b.) **b)** PuceltsZ. **06** 85 (Colmar). Die Klagen auf wiederkehrende Leistungen beziehen sich nach dem ersichtlichen Zwecke der Vorschrift gerade auch auf solche Ansprüche, die nicht lediglich in ihrer Geltendmachung hinausgeschoben, sondern auch in ihrem Entstehen von dem künftigen Eintritte gewisser Tatbestände abhängig sind, ohne daß die erste Rate schon fällig ist, so bei Schadensersatzklagen auf Gewährung einer Rente vom Beginne des erwerbsfähigen Alters des Klägers an.

3. Klage auf künftige Rente. **a)** **RG.** EisenbE. **22** 404, SeuffBl. **06** 380. Da sich bei einem Kinde die künftigen Erwerbsverhältnisse meist noch nicht übersehen lassen, so ist vielleicht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen einem erst in einem fernen Zeitpunkt erwerbsfähig werdenden Kinde ein Schaden an der Erwerbsfähigkeit zugefügt worden ist, die Feststellungsklage der einzige zur vorläufigen Durchführung des Anspruchs gegebene Weg. Handelt es sich indes nur um den Durchschnittslohn gewöhnlicher Hand-, Haus- oder Fabrikarbeit, so wird die Leistungsklage zulässig sein. **b)** SächsRpflA. **06** 303 (Dresden). Wenn der auf Zahlung einer Rente oder Abfindung wegen Körperverletzung klagende Verletzte erst sieben Jahre alt ist, so ist wegen der Unbestimmtheit der künftigen Erwerbsminderung nur die Klage auf Feststellung der künftigen Schadensersatzpflicht, nicht aber die Leistungsklage angängig.

§ 259. 1. **RG. 61** 333. Die Einklagung jedes künftigen Anspruchs, ohne Beschränkung auf einseitige Leistungen, ist zulässig.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 85—90, 235. Aus § 259 läßt sich nicht, wie Hellwig es versucht hat, eine allgemeine Unterlassungsklage herleiten, die §§ 257—259 sollen nicht neue Klagerechte begründen, sondern Klagerechte, die an und für sich erst später stattfinden würden, bereits in einem früheren Zeitpunkte gewähren.

§ 263. OLG. **13** 76 (KG.). Die bei Klagerhebung vorhandene Unzuständigkeit kann durch nachträgliche Veränderungen behoben werden. Vgl. **RG. 52** 136; ferner IDR. **4** § 263.

§ 264. 1. R. **06** 691 Ziff. 1678 (Colmar). Diese Vorschrift gilt nur für die erste Instanz, da in der Berufungsinstanz nach § 527 ZPO. die Statthaftigkeit einer Änderung der Klage auf den Fall der Einwilligung des Gegners beschränkt ist.

2. **RG.** IW. **06** 718 Ziff. 17. Für die Frage der Klagänderung ist nur die Klageschrift, nicht der Tatbestand des Urteils maßgebend.

3. OLG. **13** 138 (Bamberg). Von der Patent-Abhängigkeitsklage kann nicht auf die Untersagungsklage übergegangen werden, weil hier ein neuer Klagegrund, die tatsächlich erfolgte Patentverletzung, nachgebracht werden muß; darin liegt eine Klagänderung. Umgekehrt ist dagegen der Übergang von der Untersagungs- zur Abhängigkeitsklage zulässig.

§ 265. 1. **RG.** JW. **06** 810 Ziff. 5. Wird die Klageforderung gemäß § 829 ZPO. gepfändet, so kann der Kläger nicht mehr Zahlung an sich, sondern nur die Feststellung der Schuld oder die Hinterlegung der eingeklagten Summe fordern. Bei einer Abtretung und Rechtsnachfolge bezüglich der Klageforderung dringt dagegen der Beklagte mit dem Antrag auf Klagabweisung durch, wenn der Kläger darauf beharrt, Zahlung an ihn selbst zu fordern.

2. OLG. **13** 141 (Dresden). Wird die klagende offene Handelsgesellschaft im Laufe des Prozesses aufgelöst, so treten, falls keine Liquidation stattfindet, die Gesellschafter persönlich als Streitgenossen der anderen Partei gegenüber. Die Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf einen der Gesellschafter und die Fortführung der Firma durch ihn hat für sich allein seinen Eintritt an Stelle des bisherigen Prozeßsubjekts nicht zur Folge, sondern nur auf sein Verlangen und mit Zustimmung des Gegners.

§ 267. **RG.** JW. **06** 394 Ziff. 21. Wenn das Gericht ein neues Vorbringen des Klägers als unzulässige Klagänderung erachtet, darf es nicht daneben, wenn auch nur hilfsweise, in eine materielle Prüfung des für unzulässig erachteten Vorbringens eintreten. Vielmehr muß es klar zum Ausdrucke bringen, daß es die Klage, soweit sie auf das neue Vorbringen gestützt ist, nur „angebrachtermaßen" abweist. Vgl. auch zu § 268 Ziff. 2.

§ 268. 1. Engelbrecht, Klagegrund, Klagänderung, Rechtskraft, DJZ. **06** 520 ff., vgl. zu § 253.

2. **RG.** R. **06** 383 Ziff. 970. Über einen nachträglich geltend gemachten Klagegrund darf bei Annahme einer unzulässigen Klagänderung sachlich nicht entschieden werden. Vgl. auch zu § 267.

3. Ziff. 1. **a)** **RG.** **61** 205. Die Heranziehung neuer Patentschriften in einer Nichtigkeitsklage zum Beweise der mangelnden Neuheit der Erfindung ist keine Klagänderung. **b)** **RG.** ElsLothJZ. **06** 325. Keine Klagänderung, wenn erst nach Klagezustellung der Klaganspruch durch den Eintritt neuer Tatsachen, z. B. eines Zahlungsverzugs, seine volle Begründung erhält und damit erst verfolgbar wird. **c)** OLG. **13** 111 (KG.). Wird im Laufe des Verfahrens aufgedeckt, wer zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der klagenden Firma war, so liegt darin keine Klagänderung, sondern nur eine im Rahmen des § 268 [1] durchaus zulässige Verbesserung und nähere Bestimmung der Parteibezeichnung. **d)** **RG.** JW. **06** 25 [26]. Keine Klagänderung, wenn die Partei diejenigen Behauptungen, deren Vorbringen zur Begründung des neuen Klagefundaments erforderlich ist, bereits vorher rechtzeitig aufgestellt hatte. Es ist dabei unerheblich, aus welcher Veranlassung oder unter welchem rechtlichen Gesichtspunkte dies geschehen ist. **e)** **RG.** ElsLothJZ. **06** 349. Der Rückgriff des Klägers von einem abstrakten Schuldanerkenntnis auf die demselben zugrunde liegenden einzelnen Schuldverbindlichkeiten enthält keine Klagänderung.

4. Ziff. 2. **a)** **RG.** **61** 254. Bei einer Klage auf Unterlassung fernerer Beeinträchtigungen des klägerischen Eigentums durch Geräusch und Erschütterungen auf dem Grundstücke des Beklagten bedeutet der später erhobene Anspruch auf Schadensersatz bei Verbotszuwiderhandlungen nur eine Erweiterung des Klagantrags bei gleichem Klagegrunde. Der Gegenstand des Anspruchs ist beidemal Schutz gegen die bezeichneten Beeinträchtigungen. **b)** **RG.** **61** 205. Der Übergang von der teilweisen zur umfassenden Anfechtung eines Patents aus dem-

selben Rechtsgrunde ist wenigstens dann keine Klagänderung, wenn sich die Anfechtung auf einen und denselben Anspruch richtet. Es liegt dann nur eine Erweiterung des Klagantrags vor, die gemäß §§ 268 Ziff. 2, 529 Abs. 2 ZPO. auch in der Berufungsinstanz zulässig ist. **c**) SächsRpflA. **06** 445 (Dresden). Bei einem Anfechtungsprozesse wegen Hingabe von Geld seitens des Schuldners an den Beklagten ist keine Klagänderung, sondern nur eine zulässige Erweiterung des Klagantrags gegeben, wenn die Klage darauf gerichtet ist, daß Beklagter die Vollstreckung in eine bestimmte Forderung dulde, und später beantragt wird, daß Beklagter zur Zahlung, also zur Duldung der Vollstreckung in sein ganzes Vermögen verurteilt werde.

5. Fälle der Klagänderung. **a**) **RG.** R. **06** 1008 Ziff. 2397. Die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags stellt eine Klagänderung dar gegenüber der Klage, die auf eine durch Selbsthilfeverkauf bewirkte Vertragserfüllung gegründet ist. **b**) KGBl. **06** 48 (KG.). Klagänderung angenommen in einem Falle, wo Kläger, der auf Grund eines Pfändungsbeschlusses klagte, die Angabe der Bauten, für welche die Forderung entstanden sein sollte, und der annähernden Zeit der Entstehung in II. Instanz nachgebracht hatte.

§ 270. OLG. **13** 142 (Braunschweig). War der Vorderrichter der Ansicht, daß die Verteidigung nicht wesentlich erschwert werde, so mußte er den neuen Antrag zulassen, gleichviel ob damit die Klage geändert war oder nicht. Daher war er nicht gehalten, die letztere Frage zu beantworten.

§ 271. 1. R. **06** 58 Ziff. 76 (Hamm). Wenn gegen den Beklagten ein dem Klagantrag entsprechendes und die Widerklage abweisendes Versäumnisurteil erlassen war, so bildet der Umstand, daß in dem zufolge des Einspruchs des Beklagten fortgesetzten Verfahren der Widerklagantrag nicht wiederholt wird, für sich allein noch keinen Grund, die Widerklage als unbegründet abzuweisen. Geschieht dies gleichwohl, so kann die Sache gemäß § 539 ZPO. an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen werden.

2. **a**) SächsOLG. **27** 356. Die Zurücknahme der Klage wegen der Hauptsache, weil der Kläger nach der Klagezustellung befriedigt worden sei, und Fortführung des Prozesses in betreff der Kosten fällt nicht unter § 271 Abs. 3 ZPO. **b**) SächsOLG. **27** 461. Abs. 3 ist auch in Fällen zurückgenommener Anträge im Vollstreckungsverfahren anzuwenden. **c**) SächsOLG. **27** 358. Abs. 3 ist auch anzuwenden, wenn die Klagerücknahme auf Grund eines nicht als Vergleich (§ 779 BGB.) aufzufassenden Abkommens über das Streitobjekt erfolgt.

3. (Vgl. JDR. **4** § 271, 3.) **a**) OLG. **13** 143, HansGZ. **06** Beibl. 82 (Hamburg). Die Verpflichtung zur Kostentragung ist nicht auszusprechen, wenn die Kosten dem Beklagten erlassen oder gestundet sind oder wenn er sie schon bezahlt hat. Um dies letztere festzustellen, hat das Gericht event. schon in dem Verfahren über die Auferlegung der Kosten die Berechtigung eines vom Beklagten geltend gemachten Gebührenansatzes zu prüfen. **b**) OLG. **13** 143 (KG.). Das dem Beklagten gegebene formale Recht, die Kostenpflicht des Klägers durch Urteil aussprechen zu lassen, kann als zweckmäßige Prozeßhandlung nur so lange gelten, als der Beklagte wegen seiner Kosten nicht befriedigt ist. Erwirkt der Beklagte dennoch das Kostenurteil, weil er noch weitere unberechtigte Kosten erstattet verlangt, so trägt er die Kosten der Ladung und des Urteils.

4. OLG. **13** 142 (Cassel). Ist die Klage zulässig zurückgenommen, so sind für die Kostenentscheidung nicht die allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkte maßgebend, die bei durchgeführtem Rechtsstreite bestimmend wären. Vielmehr ist es nur noch zulässig und geboten, die im § 271 ausgesprochene Konsequenz zu ziehen.

5. HansGZ. **06** Beibl. 120 (Hamburg). Zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne dieser Bestimmung gehören auch die Kosten einer zugelassenen Nebenintervention.

6. **a)** Jacobson, DJZ. **06** 643 f. Unter „Anspruch" im Sinne des § 307 ZPO. ist das mit der Klage oder Widerklage geltend gemachte Begehren zu verstehen. — Die nach § 271 Abs. 3 ZPO. dem Beklagten zugesprochene Befugnis, durch Urteil aussprechen zu lassen, daß der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, gehört nicht zu den Ansprüchen im Sinne des § 307 ZPO. In einem solchen Falle ist dem Antrage des Beklagten, den Kläger seinem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen, nicht stattzugeben. **b)** *L. Fischer, DJZ. **06** 1016, führt hiergegen aus, daß ein Anerkenntniskostenurteil gegen den die Klage zurücknehmenden Kläger zulässig sei. **c)** Labes, DJZ. **06** 813 f. Nach Erledigung der Hauptsache stellt der Anspruch auf Kostenerstattung einen Anspruch im Sinne des § 307 ZPO. dar, mag er sich auch auf die prozessuale Vorschrift des § 91 ZPO. gründen und prozessualer, nicht materiell-rechtlicher Natur sein. Sind diese Erwägungen für den Fall des § 91 ZPO. zutreffend, so sind sie es auch im Falle des § 271 Abs. 3.

§ 274. I. Abs. 1. KGBl. **06** 108 (KG.). Aus Abs. 1 folgt, daß der Beklagte jede einzelne prozeßhindernde Einrede vollständig zu substantiieren hat, so daß über sämtliche Tatsachen, welche die Einreden begründen sollen, verhandelt und Beweis erhoben werden kann. Die §§ 278, 283 ZPO. gelten hier nicht, vielmehr gilt Eventualmaxime, so daß mit den Ausnahmen des § 274 Abs. 3 Präklusion eintritt bezüglich des Vorbringens, das nicht in der ersten mündlichen Verhandlung vorgetragen ist.

II. Abs. 2 Ziff. 1. 1. **RG.** JW. **06** 810 Ziff. 6. Die Unzuständigkeit des Gerichts kann nur unter parteifähigen Streitteilen festgestellt werden, die Parteifähigkeit ist in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen

2. **RG. 61** 69, R. **06** 622 Ziff. 1509. Nach feststehender Praxis des Reichsgerichts genügt in dem Falle, daß die behaupteten, die Zuständigkeit begründenden Tatsachen mit den behaupteten klagebegründenden Tatsachen zusammenfallen, gegenüber dem Einwand der Unzuständigkeit die bloße unbewiesene Behauptung der betr. Tatsachen, um das angerufene Gericht zuständig zu machen, sofern aus diesen Tatsachen, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt. Wenn dagegen die Zuständigkeit auf die Behauptung selbständiger Tatsachen gestützt wird, ist der Nachweis dieser Tatsachen zur Begründung der Zuständigkeit erforderlich.

3. OLG. **13** 145, SchlHolstAnz. **06** 273 (KG.). Der Einwand, daß der Rechtsstreit vor das Kaufmannsgericht gehöre, stellt sich als Einrede der Unzuständigkeit, nicht der Unzulässigkeit des Rechtsweges dar.

4. **a)** **RG.** JW. **06** 143 Ziff. 18. Die nach Maßgabe der Gesetze erfolgte Verteilung der dem Gericht vermöge seiner Zuständigkeit obliegenden Geschäfte unter die einzelnen Kammern ist lediglich ein dem Gericht selbst zustehender und obliegender Akt der Justizverwaltung, durch den die dem Gericht als solchem und ohne Rücksicht auf seine Gliederung in Kammern anhaftende Zuständigkeit nicht berührt wird. **b)** PuchertsZ. **06** 24 (Colmar). Das Vorbringen, nicht die Kammer für Handelssachen, sondern die Zivilkammer sei zuständig, ist keine prozeßhindernde Einrede, sondern bedeutet nur einen Antrag auf Verweisung der Sache an die Zivilkammer.

III. Abs. 2 Ziff. 2. 1. FischersZ. **30** 170, DJZ. **06** 607 (PrKompGH.). Ansprüche eines Dritten aus einem mit dem Staate als Unternehmer abgeschlossenen Vertrage können dem Staate als Inhaber des Hoheitsrechts gegen-

über nicht geltend gemacht werden. Die angefochtene, auf Grund dieses Rechtes angeordnete Entfernung der Anlagen ist daher im Rechtswege nicht anfechtbar.

2. **RG.** JW. **06** 67[20]. Da die Vorschriften des Kleinbahngesetzes nichts ergeben, was den Unternehmer einer Straßenbahn hindern könnte, in den Anlagen und Betriebsmitteln der Bahn zeitgemäße Verbesserungen (abgesehen von wesentlichen Erweiterungen und Änderungen) anzubringen, die den Bahnbetrieb nicht stören und Beeinträchtigungen der Nachbarn vermindern, so kann der Unternehmer auch im Rechtswege dazu angehalten werden.

3. **a**) DJZ. **06** 970 (KG.). Für Ansprüche von Staatsbeamten auf Ausstellung eines Zeugnisses ist der ordentliche Rechtsweg geöffnet, da es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt. **b**) DJZ. **06** 659 (PrKompGH.). Für die Klage eines städtischen Beamten auf Berichtigung eines Dienstzeugnisses ist der Rechtsweg unzulässig.

4. **a**) BayObLG. **6** 473. Zur Entscheidung des Streites über die Pflicht zur Entrichtung der staatlichen und örtlichen Abgabe für eine Besitzveränderung, die ihre rechtliche Grundlage nicht in dem notariell beurkundeten Vertrage, sondern wie z. B. bei der Veräußerung eines Erbschaftsanteils unmittelbar im Gesetze hat (§ 2033 BGB.), sind nicht die Gerichte, sondern — in Bayern — die Regierungsfinanzkammern in erster, der Verwaltungsgerichtshof in zweiter Instanz zuständig. **b**) HansGZ. **06** Beibl. 178 (Hamburg). Nach bremischem Rechte ist der Rechtsweg zulässig bei Streitigkeiten über unberechtigte Heranziehung zu öffentlichen Abgaben.

5. **RG. 62** 193, DJZ. **06** 318. Der Anspruch auf Feststellung, daß dem Beklagten ein Enteignungsrecht auf Grund der Fluchtlinienfestsetzung (FluchtlinienG. v. 2. 7. 75) nicht zustehe, kann nicht im Rechtswege verfolgt werden.

6. **a**) BayObLG. **6** 561. Ein Vertrag über die Tragung der Kosten der Straßenherstellung gemäß § 62 der bayr. Bauordnung ist öffentlich-rechtlicher Natur. Zur Entscheidung von Streitigkeiten über die hiernach übernommenen Verbindlichkeiten, mögen sie den Bestand der Verpflichtung oder ihren Umfang oder die Rückerstattung angeblich zuviel gezahlter Kostenbeträge betreffen, sind daher die Gerichte nicht zuständig. **b**) SächsOLG. **27** 140. Der Rechtsweg ist — vorbehaltlich der Bestimmung im § 11 AG. v. 28. 1. 35 — nicht zulässig für Ansprüche auf Rückgewährung oder Ersatz von Sicherheiten, die auf Grund Ortsstatuts von dem Anlieger einer öffentlichen Straße der Stadtgemeinde wegen der Straßenbaukosten geleistet worden sind, auch wenn solche Ansprüche zwischen mehreren angeblichen Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anliegers streitig werden. **c**) WürttJ. **17** 217 (Stuttgart). Der Rechtsweg ist unzulässig in Württemberg bei einem auf übermäßige Benutzung eines Gewässers gegründeten Schadensersatzanspruch, wenn die Parteien darüber streiten, ob das Gewässer ein öffentliches ist.

7. ElsLothJZ. **06** 452 (Colmar). Der Rechtsweg ist weder für Ansprüche eines Hauseigentümers auf Ersatz des Schadens, der bei Gelegenheit der Ausführung baupolizeilicher Anordnungen durch Verschulden der sie vollziehenden Personen verursacht worden ist, noch für Ansprüche auf Ersatz des Schadens ausgeschlossen, der dadurch entstanden ist, daß die schädigende Anordnung durch schuldhafterweise fälschlich erstattete Berichte von Baupolizeibeamten an den Träger der Baupolizeigewalt veranlaßt wurde.

8. **a**) **RG.** ElsLothJZ. **06** 98. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist nur entscheidend, ob nach der Klagebegründung der geltend gemachte Anspruch sich als ein privatrechtlicher darstellt. Eine Schenkung ändert ihren privatrechtlichen Charakter dadurch nicht, daß sie einer Kirche unter der Auflage gemacht wird, daß jährlich Seelenmessen für eine bestimmte Person gehalten werden. **b**) DJZ. **06**

659 (PrKompKonflGH.). Für den Prozeß zwischen zwei Kirchengemeinden über die Zugehörigkeit bestimmter Personenklassen zur einen oder anderen ist der Rechtsweg unzulässig. **c)** **RG. 62** 252. Auch bei Brüderschaften (fraternitates, sodalitates), insoweit sie auf religiösem Gebiet tätig werden, kann über die Entziehung eines innerhalb dieser Gesellschaften wirkenden Rechtes und über die Ausschließung nur von den Gesellschaften selbst entschieden werden. **d)** WürttJ. **17** 212 (Stuttgart). In Württemberg gilt der Satz, daß Verbindlichkeiten zu Leistungen für öffentliche Zwecke als privatrechtliche anzusehen sind, wenn sie nicht aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staates nach dem heutigen öffentlichen Rechte folgen. Die Kirchenbaulast liegt aber nach dem in Württemberg geltenden öffentlichen Rechte nicht dem Staate ob. Daher ist der Rechtsweg für einen Streit über die Kirchenbaulast zulässig, aber nicht über die Frage, ob und in welchem Umfange das Bedürfnis einer Erweiterung der Kirche besteht.

9. DJZ. **06** 1267 (PrKompKonflGH.). Für Klagen gegen den Staat auf Anerkennung des Bestehens einer Kruggerechtigkeit ist der Rechtsweg zulässig, da die Realgewerbeberechtigungen privatrechtlicher Natur sind.

IV. Abs. 2 Ziff. 6. HessRspr. **7** 38 (AG. Mainz). Die Einrede der mangelnden Erstattung der Prozeßkosten kann auch dadurch beseitigt werden, daß der Kläger die Aufrechnung mit einem entsprechenden Teile der Klageforderung erklärt. Er muß aber dann beim Bestreiten des Beklagten das Bestehen der Klageforderung in Höhe der Kosten beweisen.

V. Abs. 3. 1. HansGZ. **06** Beibl. 95 (Hamburg). Wenn der Beklagte prinzipaliter das Zustandekommen eines Vertrags leugnet, in zweiter Linie aber für den Fall, daß das Gericht den Vertrag als perfekt betrachtet, auf Grund dieses Vertrags die Einrede der Unzuständigkeit erhebt, so ist dies sachgemäß und nicht verspätet.

2. SächsOLG. **27** 140. Die Anwendung der Ziff. 2 ist der Verfügung der Parteien entzogen.

§ 275. 1. OLG. **13** 125 (Cassel). Ein solches Verfahren abgesonderter Verhandlungen kennt die ZPO. nur bei den prozeßhindernden Einreden, nicht bei anderen formellen Einwendungen.

2. OLG. **13** 148 (Rostock). Das zur Hauptsache ergehende Endurteil ist bedingt durch den Bestand des Zwischenurteils. Wird dieses in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben, so fällt die Entscheidung zur Hauptsache von selbst weg, ohne daß eine Berufung dagegen nötig oder überhaupt zulässig wäre. Würde auf das weggefallene Urteil doch noch die Vollstreckungsklausel erteilt, so wäre dagegen nach §§ 732[1], 768 ZPO. vorzugehen.

3. Römer, R. **06** 676 ff. Wenn der Beklagte in einem Verhandlungstermin ausbleibt, der nach Erlaß eines seine prozeßhindernde Einrede verwerfenden, von ihm angefochtenen Zwischenurteils stattfindet, so mag daraus ein Zugeständnis des materiellen Anspruchs des Klägers gefolgert werden dürfen, nicht aber eine Zurücknahme seiner prozeßhindernden Einrede. Durch das ergehende Versäumnisurteil wird daher auch sein Rechtsmittel gegen das Zwischenurteil nicht gegenstandslos.

§ 278. WürttJ. **17** 235 (Stuttgart). Eine in zulässiger Weise erhobene Widerklage bleibt zwar bestehen, wenn die Klage zurückgenommen oder über sie durch Teilurteil entschieden ist. Aber die Widerklage kann nur vor Erledigung der Vorklage ordnungsmäßig erhoben werden.

§ 286. 1. **RG.** JW. **06** 809 Ziff. 3. Wenn die übereinstimmende Vertragsauslegung der Parteien dem einfachen Sinne der gebrauchten Worte ent-

spricht und zu einem bedenkenfreien Ergebnis führt, ist für eine den Parteiauffassungen widersprechende Auslegung durch den Richter kein Raum.

2. Jacobson, JW. **06** 644, führt an einem Beispiel aus, daß der Indizienbeweis im Zivilprozeß neben den dort geregelten fünf Beweisarten vollgültig sei.

3. Ablehnung angebotener Beweise. (Vgl. auch zu § 373, sowie JDR. **4** § 286 II a, b.) **a)** BayObLG. 7 52. Das Gericht kann weitere Beweiserhebungen ablehnen, wenn es auf Grund des Ergebnisses der Verhandlungen und der aufgenommenen Beweise von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Behauptungen jetzt schon derart überzeugt ist, daß die beantragte Beweisaufnahme daran nichts zu ändern vermöchte. **b)** **RG.** JW. **06** 688 Ziff. 10. Die Erhebung eines angebotenen Zeugenbeweises darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Gericht das Gegenteil der zu erweisenden Tatsache schon für bewiesen hält, sondern nur, wenn das Gericht die Überzeugung erlangt hat, daß selbst dann, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen bewiesen werden könnten, dadurch seine Auffassung nicht erschüttert und an seiner Beweiswürdigung nichts geändert werden würde. Dies gilt namentlich dann, wenn das Gericht die Wahrheit der zu erweisenden Behauptungen unterstellt und unter Würdigung ihrer Bedeutung zu keinem anderen Ergebnis gelangt. **c)** BayObLG., BayRpflZ. **06** 383. Die Ablehnung der Vernehmung eines Zeugen kann nicht mit der Erwägung, daß der Zeuge die in Aussicht gestellte Aussage voraussichtlich nicht machen werde, sondern nur damit begründet werden, daß diese Aussage, wenn sie gemacht werden sollte, für die Entscheidung ohne Belang sei. **d)** **RG.** JW. **06** 755 Ziff. 28. Erst nach der Vernehmung eines Zeugen und auf Gruud der gemachten Zeugenaussagen kann geprüft werden, ob wegen der Länge der zwischen dem bezeugten Vorfall und der Vernehmung liegenden Zeit oder weil die Zeugen die Kohlen nicht näher auf ihre Beschaffenheit geprüft hatten, den Aussagen keine so erhebliche Bedeutung zukommen könne.

4. Benutzung eines anderen Prozeßergebnisses. **a)** **RG.** R. **06** 121 Ziff. 194. Es ist prozessual nicht unstatthaft, aus dem in einem Urteil eines anderen Prozesses dargelegten Verlauf dieses Prozesses und aus dem Ergebnisse, zu welchem die damals erkennenden Richter bei der Beurteilung des Verhaltens einer Partei gelangt sind, die Überzeugung zu entnehmen, daß gewisse Tatsachen wahr seien. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 123. Nur im Falle des Einverständnisses der Parteien darf der Richter die Aussagen der im Strafverfahren uneidlich vernommenen Zeugen schlechthin ebenso berücksichtigen, als seien sie im Rechtsstreit selbst unter Beobachtung der Normen des Prozeßgesetzes abgehört. **c)** **RG.** R. **06** 1321 Ziff. 3214. Wenn eine Partei sich auf die in einem Strafverfahren vernommenen Personen als Zeugen beruft, darf das Gericht sich auf die Urkunden-Beweisaufnahme durch Einsicht in die Strafakten beschränken. Ein Revisionsgrund liegt darin aber nicht, wenn das Gericht im wesentlichen alles für erwiesen erachtet, was der Beweisführer durch die Zeugen beweisen will.

5. **RG.** JW. **06** 570 Ziff. 41, BadRpr. **06** 300. Der Eindruck, den ein Zeuge bei der Vernehmung durch den beauftragten Richter macht, entbehrt vermöge seiner bloß persönlichen Bedeutung des objektiven Maßstabes, auf den der Richter, vor dem der Zeuge nicht vernommen ist, angewiesen ist. Er kann also in dem Urteil nicht berücksichtigt werden. — Ebenso **RG.** R. **06** 939 Ziff. 2262, falls die Wahrnehmungen des beauftragten Richters nicht in das Protokoll über die Vernehmung aufgenommen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind.

6. **RG.** JW. **06** 68[21]. Verletzung der Verhandlungsmaxime durch Suppeditierung eines Prozeßstoffes.

7. **RG.** EisenbE. **23** 63. In einem Schadensersatzprozeß auf Gewährung einer Rente wegen Tötung der unterhaltspflichtigen Tochter des Klägers muß der angebotene Beweis erhoben werden, daß der Kläger imstande sei, durch Annahme eines kaufmännisch gebildeten Gehilfen den Erwerb in seinem Agenturgeschäft zu finden, und ferner, daß die Tochter z. Z. ihres Todes nicht imstande war, dem Kläger ohne Gefährdung ihres standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.

§ 287. 1. **RG.** JW. **06** 27 Ziff. 30 und 204 Ziff. 25, vgl. zu § 323.

2. **RG.** R. **06** 308 Ziff. 769. Der im Falle eines Unfalles Ersatzpflichtige, der die zeitliche Beschränkung einer auf Lebenszeit beanspruchten Rente aus dem Grunde beantragt, weil der Verletzte auch ohne den Unfall dauernd in späterem Lebensalter den genossenen Verdienst nicht gehabt haben würde, hat die Umstände geltend zu machen und event. nachzuweisen, die geeignet sind, für eine solche Annahme die erforderliche Unterlage zu schaffen. Event. bietet § 323 ZPO. die geeignete Handhabe, um bei veränderten Verhältnissen auch eine Änderung des Urteils zu erwirken.

3. (Vgl. JDR. **4** § 287 a.) **a)** **RG.** R. **06** 249 Ziff. 488. § 287 ersetzt nicht den Mangel aller tatsächlichen Grundlagen. **b)** **RG.** R. **06** 121 Ziff. 195. Die Begründung einer Schadensschätzung nach § 287 muß zwar ergeben, daß das Gericht die wesentlichen in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt hat. Dagegen bedarf es einer ziffermäßigen Berechnung und folgeweise auch einer Begründung nach dieser Richtung nicht. **c)** **RG.** R. **06** 624 Ziff. 1513. Auch für die Bemessung des materiellen Schadens gilt § 287. Auch im Bereiche des § 287 kann das Gericht der Regel nach, wenn einmal feststeht, daß ein Schaden entstanden ist, nicht wegen mangelnder Darlegung der Schadenshöhe seitens der Partei den ganzen Ersatzanspruch zurückweisen, es sei denn, daß auch auf dem Wege des § 139 ZPO. mangels aller Anhaltspunkte eine Grundlage für das Urteil nicht zu gewinnen ist. **d)** **RG.** JW. **06** 471 Ziff. 31. § 287 will dem Notstand begegnen, der sich daraus ergeben hatte, daß an die Beweispflicht des Klägers in Schadensprozessen ein zu strenger Maßstab angelegt wurde. Darum gewährt er über die Vorschrift des § 286 ZPO. hinaus dem richterlichen Ermessen freien Spielraum bezüglich der Höhe des Schadens und der Kausalität. Demgemäß durfte vom Kläger nicht verlangt werden, daß er bestimmte Personen nenne, die geneigt gewesen seien, bestimmte Wohnungen zum 1. April zu mieten, und dies nur wegen des unfertigen Zustandes des Hauses unterlassen hätten; vielmehr war auf Grund der Feststellung, daß im März fast täglich Mietlustige im Neubau gewesen waren, die bemerkt hatten, unfertige Wohnungen können sie nicht gebrauchen, zu prüfen, ob bei rechtzeitiger Fertigstellung des Baues die Vermietung auch nur eines Teiles der Wohnungen zu erwarten stand.

4. BayObLG. **7** 52. Bei Schadensersatzklagen bezieht sich die freie Beweiswürdigung des Gerichts nicht bloß auf die Frage, ob dem Kläger überhaupt ein Schaden entstanden und wie hoch sich dieser beläuft, sondern auch auf die Frage, ob zwischen der nachgewiesenen Handlung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.

5. **RG.** R. **06** 308 Ziff. 768. Die Feststellung des dauernden Ertragswertes eines gekauften Grundstücks fällt, wenn wegen arglistiger Täuschung hierüber durch den Verkäufer von dem Käufer Schadensersatz begehrt wird, in das Gebiet der Schadensfeststellung nach § 287.

6. BuschsZ. **35** 239 (Cöln). Ein Schätzungseid nach § 287 ist nicht in der Art zulässig, daß der Kläger den Wert des nach seiner eigenen Überzeugung ihm vom Beklagten gestohlenen Gutes beschwört. Vielmehr muß das Gericht gemäß § 286 ZPO., event. auf Grund des richterlichen Eides (§ 475 ZPO.),

die verübten Diebstähle feststellen. Erst auf Grund dieser Feststellung ist der Schätzungseid wegen des Wertes des Gestohlenen zulässig.

§ 288. 1. R. **06** 1379 Ziff. 3324 (Hamm). Ein gerichtliches Geständnis des Klägers im Sinne des § 288 liegt nicht vor, wenn die Darstellung vom Kläger spontan gegeben, nicht vom Beklagten behauptet und vom Kläger zugestanden ist. Eine derartige Erklärung kann vom Kläger widerrufen werden. (Vgl. JDR. **4** § 288, 2.)

2. **RG.** R. **06** 691 Ziff. 1679. Das gerichtliche Geständnis erfordert keine feierliche Formel. Es genügt jede Erklärung, die ein unzweideutiges Zugeben der Wahrheit der von dem Gegner behaupteten Tatsachen enthält. Eine solche Erklärung kann in dem prozessualen Gesamtverhalten einer Partei, in der Art und Weise ihrer Einlassung auf die gegnerischen Behauptungen erblickt werden.

3. SchlHolstAnz. **06** 119 (Kiel). Die Erklärung, die vom Gegner behaupteten Tatsachen nicht bestreiten zu wollen, braucht kein Geständnis zu enthalten, kann aber nach den Umständen des Falles als solches aufzufassen sein.

§ 290. 1. **a)** SchlHolstAnz. **06** 119 (Kiel). Das Gesetz macht zwar keinen Unterschied darin, ob der Irrtum bei der Partei oder bei ihrem Prozeßbevollmächtigten vorhanden gewesen ist. Von einem Irrtum kann indes nur die Rede sein, wenn der Irrende etwas nicht Vorhandenes für vorhanden, etwas nicht Wahres für wahr ansah. Daß der Prozeßbevollmächtigte das Geständnis abgegeben hat, ohne Information von der Partei zu haben, ist kein Irrtum im obigen Sinne; es ist damit nicht gesagt, daß der Erklärende die Erklärung für richtig gehalten oder etwa unrichtigerweise geglaubt hat, zu ihrer Abgabe bevollmächtigt zu sein. **b)** R. **06** 446 Ziff. 1096 (Zweibrücken). Der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses ist wirkungslos, wenn er lediglich auf Unkenntnis der einschlägigen Verhältnisse oder mangelhafte Information gestützt ist.

2. BadRpr. **06** 183 (Karlsruhe). Auch hinsichtlich dieses Beweises gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.). Die Wahl der Beweismittel ist nicht beschränkt. Die Gegenpartei hat das Recht des Gegenbeweises.

§ 295. **RG.** JW. **06** 395 Ziff. 23. Auf die Rüge der Verletzung einer Prozeßvorschrift kann nicht schon im voraus verzichtet werden.

§ 299. 1. MecklZ. **24** 205 (Rostock). Die den Prozeßakten angeschlossenen Hilfsakten sind nicht ohne weiteres als Teil der Prozeßakten zu behandeln, jedenfalls insoweit nicht, als sie sich nicht auf das Beweisthema, für welches die Hilfsakten als Beweisthema eingefordert sind, beziehen.

2. HansGZ. **06** Beibl. 312 (Hamburg). Eine zweite Ausfertigung gerichtlicher Aktenstücke kann von den Parteien nur dann gefordert werden, wenn sie ein besonderes Interesse daran nachweisen.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Interessant sind die neuerlichen Ausführungen Busses und Stölzels zur Eventualaufrechnung, die eingehender schon zu BGB. §§ 387, 388 berichtet sind. Sehr zahlreich waren wieder die Entscheidungen über das den Grund des Anspruchs erledigende Zwischenurteil, das in vielen Beziehungen noch Schwierigkeiten in der Praxis bereitet. Von großer prinzipieller Wichtigkeit ist **RG. 61** 359 über die Anwendung des § 826 BGB. gegenüber der Geltendmachung der Rechtskraft. Zustimmend Kohler; dagegen bekämpft diese Theorie Kleinfeller.

§ 300. **RG.** R. **06** 691 Ziff. 1680. Es ist unzulässig, einer Verurteilung eine so unbestimmte Fassung zu geben, daß die Entscheidung über den eigentlichen Inhalt des Urteils erst in der Zwangsvollstreckung getroffen werden müßte.

§ 301. 1. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 431. Ein Teilurteil kann sich nur auf einen individualisierten Teil der Klageforderung erstrecken. Daher ist ein

Teilurteil nicht über einen Rechnungsposten eines Kontokurrents zulässig. **b**) OLG. **13** 149, SächsOLG. **27** 463 (Dresden). Voraussetzung des Teilurteils ist, daß es sich um einen quantitativen, zahlenmäßig oder sonst bestimmten, individualisierten Teil des Anspruchs handelt. Die Verteilung des Anspruchs auf verschiedene Zeitperioden der Unterhaltspflicht kann die Grundlage eines Teilurteils bilden, nicht aber die Entscheidung über einzelne Einnahmequellen des beklagten Mannes.

2. **RG.** JW. **06** 718 Ziff. 18. Unzulässig ist die Trennung eines Ehescheidungsurteils auf Klage und Widerklage. (Vgl. JDR. **4** § 301 I, II d, e.)

3. HansGZ. **06** Beibl. 301 (Hamburg). Bei subjektiver Klagenhäufung liegt zwar ein Teilurteil vor, wenn nur gegen einige der Beklagten Urteil ergeht. Dieses Teilurteil hat aber auch insoweit wegen der Kosten Entscheidung zu treffen. Ist dies nicht geschehen, so muß Ergänzung nach § 321 ZPO. beantragt werden. Gegen die Ablehnung des Erlasses einer Kostenentscheidung ist Berufung, nicht Beschwerde gegeben.

4. **RG.** R. **06** 249 Ziff. 490. Es ist nicht unzulässig, einen teilbaren Anspruch zugleich zu einem bestimmten Betrage durch Teilurteil festzustellen und in Ansehung des überschießenden Betrags durch ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären.

5. **RG.** R. **06** 383 Ziff. 972. Der zweite Zivilsenat hält in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß im Teilurteil eine Entscheidung über die Kosten nicht erfolgen darf.

6. HansGZ. **06** Beibl. 48 (Hamburg). Ein Urteil, das über eine Aufrechnungseinrede entscheidet, ohne daß wegen dieser Widerklage erhoben war, ist kein Teilurteil, auch wenn es sich als solches bezeichnet, sondern ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. Die Berufung gegen solches Urteil ist unzulässig.

§ 302. 1. **a**) Busse, Zur Eventualaufrechnung, SächsRpflA. **06** 121 ff., führt aus, daß die Klagabweisungstheorie falsch sei, weil die nach ihr gebotene Entscheidung den Rechtsstreit in unreifem Zustand erledige und weil bei Wirksamkeit des Aufrechnungseinwandes die kostenpflichtige Klagabweisung ein falscher Urteilsspruch sei; der Rechtsstreit müsse vielmehr in der Hauptsache für erledigt erklärt und der Beklagte mit den Kosten belastet werden. **b**) Stölzel, SächsRpflA. **06** 458, Zur Eventualaufrechnung, wendet sich gegen Busse, das. 121, und verteidigt die von ihm vertretene Klagabweisungstheorie. Er führt eine Anzahl neuer Anhänger dieser Theorie auf und setzt die praktischen Schäden der Beweiserhebungstheorie — Belästigung der Parteien durch Zeit- und Kostenverlust, sowie der Zeugen- und Sachverständigen, Vermehrung der Geschäftslast des Gerichtspersonals, Belastung der Staatskasse in Armensachen — an einem praktischen Falle auseinander. Er betont die Natur der Aufrechnung als bloßen Verteidigungsmittels, dessen Wirksamkeit nicht von einem Klagebeweis abhängig gemacht werden könne. Nur wenn Klageforderung und Gegenforderung gleichzeitig liquide seien, erfolge im Urteil zugleich eine Entscheidung über den Verbrauch der Gegenforderung. Dieser Entscheidung über das Nichtbestehen der Gegenforderung lege das Gesetz ausnahmsweise Rechtskraft bei. Nach materiellem Recht sei die Aufrechnung ein Schulderlöschungsakt, wie Erfüllung, Hinterlegung, Erlaß. Wie diese, so wirke auch die Aufrechnung klagausschließend schon bei Inanspruchnahme, nicht erst bei Feststellung der Klageforderung. Das BGB. enthalte nichts über die Frage der Beweiserhebung; dies sei eine Frage des Prozeßrechts. Dieses enthalte aber den unverrückbaren und ausnahmslosen Satz, daß Klagebehauptungen, auch wenn sie bestritten, dann keines Beweises bedürfen, wenn klagabweisend zu erkennen sei. **c**) S. ferner BGB. zu §§ 387, 388 Ziff. 3.

2. PuchelsZ. **06** 321 (Cöln). Eine Klageforderung auf Bezahlung des Werklohns aus einem mit dem Beklagten geschlossenen Bauvertrage steht in rechtlichem Zusammenhang mit der Gegenforderung des Beklagten auf Schadensersatz wegen verspäteter Ablieferung des Baues. Die Sache wurde gemäß § 539 ZPO. zurückverwiesen, damit sie gemeinschaftlich mit der Gegenforderung verhandelt werden könne.

3. HessRspr. **6** 169 (Darmstadt). Die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil bleibt zulässig, wenn auch inzwischen das Vorbehaltsurteil im Nachverfahren durch formell rechtskräftiges Urteil aufgehoben ist, denn die materielle Rechtskraft dieses letzteren Urteils ist in der Schwebe, bis über die Klageforderung rechtskräftig entschieden ist.

4. WürttJ. **18** 305 (Stuttgart). Auch im Nachverfahren gilt der Grundsatz, daß Grundlage der Entscheidung derjenige Prozeßstoff ist, welcher bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorliegt.

5. **a)** Vgl. Görres, Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht, BuschsZ. **35** 313 ff., o. zu § 91. **b)** **RG.** JW. **06** 472 Ziff. 32. Der Schadensersatzanspruch kann auch in einem besonderen Rechtsstreit und daher auch im Wege der Widerklage verfolgt werden. Den Gegenstand dieser Widerklage bildet ein einheitlicher Schadensersatzanspruch, bei dem auch die gezahlten Kosten und Zinsen mitzurechnen sind.

§ 303. 1. PuchelsZ. **06** 458, ElsLothJZ. **06** 426 (Colmar). Die Anfechtbarkeit eines Urteils richtet sich nach seinem sachlichen, aus der Formel und den Entscheidungsgründen ersichtlichen Inhalt, nicht nach der Art seiner Bezeichnung oder nach der Auffassung des erkennenden Gerichts über die rechtliche Natur seiner Entscheidung.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 242. Nach § 303 soll aus dem Satze des Zwischenurteils, welches eine Entscheidung über ein einzelnes selbständiges Angriffsmittel bieten soll, für den Rechtsuchenden selbst erkennbar sein, über welche Angriffsmittel das Gericht entschieden hat und in welchem Sinne die Entscheidung getroffen worden ist. Die Revision gegen das Zwischenurteil ist aber auch bei einem Verstoß hiergegen nicht zulässig, desgleichen nicht, wenn ein einzelnes Angriffsmittel zur Entscheidung noch nicht reif war.

3. **a)** **RG.** R. **06** 940 Ziff. 2264. Wird ein Klaganspruch auf mehrere selbständige Klagegründe, insbesondere einen prinzipalen und einen eventuellen, gestützt, und entscheidet das Gericht, indem es den prinzipalen dahingestellt läßt, nur über den eventuellen, so liegt niemals ein Zwischenurteil nach § 304, sondern immer ein solches nach § 303 vor. **b)** **RG.** JW. **06** 313 Ziff. 20. Bei einheitlichem, auf mehrere Gründe gestütztem Klaganspruch kann nicht teils über den Grund des letzteren durch Zwischenurteil nach § 304 ZPO., teils durch Zwischenurteil nach § 303 entschieden werden.

4. **RG.** JW. **06** 430 Ziff. 16. Ein Urteil, welches auf Aufnahme des Verfahrens seitens des Konkursverwalters und Aufrechterhaltung des bedingten Endurteils ihm gegenüber lautet, ist als Zusatzurteil nicht selbständig, sondern als Element des Urteils in der Sache selbst nur mit diesem anfechtbar.

5. SeuffBl. **06** 298 (Nürnberg). Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Zwischenurteil, durch das die Einreden der Unzuständigkeit des Gerichts und der mangelnden Klagerhebung verworfen wurden, wenn das erstrichterliche Urteil nur in letzterer Beziehung angefochten wird.

§ 304. 1. RheinA. **102** I 283 (Cöln). Anspruch im Sinne des § 304 ist nicht ein bloß einredeweise, aufrechnungsweise erhobener Anspruch. (Vgl. JDR. **4** § 303 II.).

2. **a)** R. **06** 1202 Ziff. 2892 (Frankfurt a. M.). Bei einer Feststellungsklage kann kein Zwischenurteil nach § 304 Abs. 1 ZPO. erlassen werden, sondern nur bei einer Leistungsklage. **b)** **RG.** JW. **06** 202 Ziff. 22. Ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs der Klage kann ohne eine Entscheidung auf die Widerklage und umgekehrt erlassen werden.

3. Voraussetzungen der Vorabentscheidung. (Vgl. JDR. **4** § 304 Ziff. a, b, i.) **a)** **RG. 61** 55. Voraussetzung ist, daß der Klaganspruch dem Betrage nach streitig ist, daß also ein bestimmter Betrag vom Kläger gefordert ist. Ebenso **RG.** R. **06** 122 Ziff. 197; 250 Ziff. 492; **RG.** JW. **06** 313 Ziff. 21; **RG.** JW. **06** 359 Ziff. 21; **RG.** JW. **06** 469 Ziff. 27; **RG.** JW. **06** 472 Ziff. 33. **b)** **RG.** JW. **06** 26 [28]. Die Erlassung des Zwischenurteils erfordert, daß irgendein Schaden nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entstanden sein könne. Ebenso **RG.** R. **06** 250 Ziff. 491. **c)** BayObLG. **6** 629, DJZ. **06** 375. Voraussetzung ist nicht absolute Gewißheit der Tatsache, daß ein Schaden entstanden ist; es darf nur nicht feststehen, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist. Erwägungen, die sich auf die Höhe des Schadens und die Grundlagen seiner Berechnung oder auf die Möglichkeit seiner Ausgleichung durch eingetretene Vorteile beziehen, eignen sich nicht für die Vorabentscheidung, sondern nur für das Verfahren zur Festsetzung des Betrags der Entschädigung.

4. Vorabentscheidung über einen Einwand. **a)** PosMschr. **06** 55 (Marienwerder). Ist ein Einwand (so der der Aufrechnung) nach Grund und Betrag streitig, so ist eine Entscheidung über den Grund keine Vorabentscheidung nach § 304, vielmehr ein richtiges Zwischenurteil nach § 303. Hat der Richter aber ein Zwischenurteil nach § 304 erlassen wollen, so ist die Berufung zulässig. Die Sache ist unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 292 (Hamburg). Der § 304 trifft nur den Fall, daß ein mit der Klage oder der Widerklage geltend gemachter Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, nicht den Fall einer aufgerechneten, nach Grund und Betrag streitigen Gegenforderung. **c)** **RG.** R. **06** 1441 Ziff. 3439. Eine Vorabentscheidung nach § 304 über einen Gegenanspruch, der lediglich aufrechnungsweise geltend gemacht wird, ist unzulässig. Wird ein solcher Anspruch teils aufrechnungsweise, teils mit Widerklage geltend gemacht, so ist die Vorabentscheidung über den Grund nach § 304 dann, aber auch nur dann zulässig, wenn feststeht, daß der Gegenanspruch des Beklagten die Forderung des Klägers übersteigt.

5. **RG.** JW. **06** 204 Ziff. 26, EisenbE. **23** 40 (vgl. JDR. **4** § 253 c). Ein Klagantrag auf Verurteilung zur Erstattung des durch den Unfall entstandenen und noch entstehenden Schadens oder Zahlung von mindestens 5000 M. ist zu unbestimmt, als daß darauf ein Urteil, insbesondere ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO., hätte ergehen können.

6. Inhalt des Zwischenurteils. (Vgl. JDR. **4** § 304 Ziff. b.) **a)** **RG.** BadRpr. **06** 43. Ein Urteil über den Grund des Anspruchs ist unzulässig, wenn der Antrag darauf geht, „allen Schaden aus dem Unfalle vom 4. Mai zu ersetzen". Man weiß nicht, ob Kläger Erstattung von Kurkosten, Ersatz für verlorene oder verminderte Erwerbsfähigkeit, Schmerzensgeld, ob Kapital- oder Rentenzahlung verlangt. Diese Unterschiede betreffen aber nicht bloß den Betrag, sondern den Grund des Anspruchs. **b)** RheinA. **102** I 286 (Cöln). Die Entscheidung darüber, ob ein Schadensersatzanspruch wegen mitwirkenden Verschuldens des Verletzten nur zum Teil begründet ist, kann nur im Urteil über den Grund erfolgen und, wenn hier aus Rechtsirrtum übergangen, nicht im Urteil über den Betrag nachgeholt werden. (Vgl. JDR. **4** § 304 g.) S. a. o. BGB. § 254 Ziff. 6. **c)** α. **RG.** JW. **06** 718 Ziff. 19, R. **06** 1379 Ziff. 3325. Zwischen-

urteil kann nicht erlassen werden, wenn der Kläger auf Zahlung einer durch Sachverständige festzustellenden Rente geklagt hat. Die Frage, von welchem Zeitpunkt ab ein Anspruch im Sinne des § 843 Abs. 1 BGB. begründet erscheint, gehört zur Entscheidung über den Grund. Ein Kind kann wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nur Feststellungsklage erheben. Bei einer Vorabentscheidung nach § 304 muß jeder einzelne zum Gegenstande der Klage gemachte Anspruch dem Grunde nach geprüft werden. β. **RG.** JW. **06** 359 Ziff. 21, EisenbE. **23** 51. Zum Verfahren über den Grund des Anspruchs gehört auch die Prüfung der Frage, ob der Kläger gemäß § 843 Abs. 3 BGB. statt einer Rente Abfindung in Kapital verlangen kann. Kläger muß substantiieren, für welche Zeit, insbesondere von welchem Zeitpunkt ab er die Rente beansprucht und zum Ersatze welcher Vermögensnachteile. Bei einem achtjährigen Kläger fehlen aber die Unterlagen für die Bemessung des künftigen Erwerbsverlustes. γ. **RG.** R. **06** 941 Ziff. 2266. Die Verhandlung darüber, ob einem Verletzten der Schadensersatz in Gestalt einer Rente oder eines Kapitals zuzubilligen sei, gehört in das Verfahren über den Grund des erhobenen Anspruchs. δ. **RG.** JW. **06** 472 Ziff. 33, EisenbE. **23** 72. Wenn ein zehnjähriger Kläger als Schadensersatz wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit eine lebenslängliche Rente verlangt, so ist im Zwischenurteil gemäß § 304 zu entscheiden, von wann ab die Rente gefordert werden könne. Die Bestimmung des Endpunktes kann hingegen dem Nachverfahren überlassen werden. Bei dem Mangel jeder Voraussehbarkeit, wie die Erwerbsverhältnisse des Klägers sich in Zukunft gestalten werden, ist gemäß § 139 ZPO. auf eine Änderung des Leistungs- in einen Feststellungsantrag hinzuwirken. **d)** α. **RG.** JW. **06** 115 Ziff. 16. Voraussetzung der Zulässigkeit einer Vorabentscheidung ist, daß lediglich der Betrag streitig bleibt; zur Entscheidung über den Grund des Anspruchs gehört auch die Frage, ob der Anspruch durch eine Einrede beseitigt ist. Hierzu gehört auch der Einwand vollständiger oder teilweiser Tilgung. β. **RG.** **61** 409, DJZ. **06** 146. Die auf Gegenforderungen des Beklagten gestützte (eventuelle) Aufrechnungseinrede gehört zu den den Grund des Anspruchs betreffenden Streitpunkten. Soweit dies hierzu erforderlich, ist zugleich der Betrag des Klaganspruchs festzustellen. **e)** α. BuschsZ. **35** 457 (Cöln); zustimmend der Einsender Dronke das. Die Frage, ob die eingeklagte Forderung dem Kläger oder einem Dritten zusteht, gehört zum Klagegrunde. Die durch Teilabtretung vor Klagerhebung erfolgte Minderung der Klageforderung ist daher in der Entscheidung zum Ausdrucke zu bringen. Besteht Streit über die Größe dieser Minderung, so kann, sofern ein Teil der Forderung zweifellos beim Kläger verblieben ist, die Feststellung des ihm verbliebenen Teiles dem Nachverfahren über den Betrag überlassen werden. β. **RG.** **62** 337, JW. **06** 173 Ziff. 19, EisenbE. **23** 33. Auch im Verfahren über den Grund des Anspruchs muß die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch auf eine Kasse oder Anstalt nach den Versicherungsgesetzen ganz oder teilweise übergegangen ist, entschieden werden. Vgl. **RG.** das. Ziff. 18 u. JDR. **4** § 304 k. γ. **RG.** JW. **06** 204 Ziff. 24. Bei Erlassung des Zwischenurteils sind vorher erfolgte Zessionen und Pfändungen des Klaganspruchs noch nicht zu berücksichtigen. **f)** **RG.** JW. **06** 141 Ziff. 15. Die Entscheidung über die Berechtigung der in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Klägerin, wegen eines bestimmten Anspruchs klagend aufzutreten, gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs. **g)** **RG.** **61** 293. Die Frage, ob der Schuldner schlechtweg oder nur mit Vorbehalt (als Erbe) hafte, betrifft im Sinne des § 304 Abs. 1 ZPO. nicht etwa den Betrag, sondern den Grund des Anspruchs.

7. Rechtskraftwirkung. **a)** **RG.** JW. **06** 472 Ziff. 33. Das Urteil hat nicht eine allgemeine Feststellung auszusprechen, sondern nur den Klaganspruch

mit seinem individuellen Inhalte dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären **b)** **RG. JW. 06** 570 Ziff. 42. Das Zwischenurteil im Sinne des § 304 schafft Rechtskraft nur in den Grenzen des bestimmten, ziffernmäßig erhobenen Anspruchs. Die Verhandlung über den Betrag ist an dieselben Grenzen gebunden, und es bedarf einer neuen Verhandlung und Entscheidung über den Grund, wenn bei der weiteren Verhandlung ein Mehr gefordert wird. Daraus ergibt sich aber auch, daß eine solche Mehrforderung bestimmt erklärt und begründet sein muß. Anderenfalls kann, wenn der Anspruch dem Grunde nach rechtskräftig auf ein Viertel beschränkt ist, dem Kläger nicht mehr als ein Viertel der Klagesumme zugesprochen werden. **c)** **RG. JW. 06** 339 Ziff. 20. Das Zwischenurteil nach § 304 kann, da es lediglich ein Element des später ergehenden Endurteils bildet, eine Entscheidung setzen und Rechtskraft schaffen nur im Rahmen eines oder mehrerer bestimmter geltend gemachter Ansprüche. Es ist nicht dazu bestimmt und geeignet, die Schadensersatzverpflichtung des Beklagten überhaupt zur Feststellung zu bringen. Wird Ersatz des immateriellen Schadens verlangt, so muß geprüft werden, welcher Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, dem Kläger entstanden sein soll. **d)** **RG. JW. 06** 689 Ziff. 11. Ein Zwischenurteil nach § 304 entspricht nur dann dem Gesetze, wenn der mit dem Klagantrag geltend gemachte Anspruch für begründet erklärt wird. Bei einer Klage auf Gewährung einer Rente darf auch der Zeitraum im Zwischenurteil nicht uneingeschränkt gelassen werden, wenn er sich mit annähernder Bestimmtheit im voraus erkennen läßt. **e)** **RG. DJZ. 06** 710. Das Zwischenurteil über den Grund bei Schadensersatzansprüchen schafft Rechtskraft für alle von dem Kläger geltend gemachten einzelnen Ansprüche, abgesehen von deren Höhe.

8. Unzulässiges Zwischenurteil, Berufung. **a)** RheinA. **102** I 283 (Cöln). Auch gegen unzulässig nach § 304 erlassenes Zwischenurteil ist die Berufung zulässig. **b)** **RG. JW. 06** 26 Ziff. 27. Ein Urteil, welches fehlerhafterweise als ein der Rechtskraft fähiges nach § 304 ZPO. erlassen wurde, während es in Wahrheit ein Zwischenurteil aus § 303 ZPO. ist, ist mit dem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar. Der Erfolg des Rechtsmittels kann jedoch nur darin bestehen, daß der vorgefallene Fehler beseitigt wird. Welche Maßnahmen hierzu erforderlich seien, hat sich nach der Lage des Falles zu richten. Es kann geboten sein, das fehlerhafte Urteil ganz aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, oder an Stelle des fehlerhaften das richtige Urteil zu setzen oder nur den fehlerhaften Teil des Urteils aufzuheben. Vgl. BadRpr. **06** 77 (Karlsruhe).

9. DJZ. **06** 1156, ElsLothJZ. **06** 456 (Colmar). Ungeachtet formeller Rechtskraft eines über den Betrag eines Anspruchs erlassenen Urteils bleibt dasselbe ohne Wirkung, wenn die ihm vorausgegangene Entscheidung über den Grund des Anspruchs aufgehoben wird.

§ 307. OLG. **13** 150 (Cöln). Ein im Prozeß abgegebenes Anerkenntnis kann in demselben Rechtsstreite nicht mit der Konditionseinrede beseitigt werden, weil ein Anerkenntnisvertrag im Sinne des § 812² BGB. nicht vorliegt. Die Zulassung der Konditionseinrede im Prozesse würde gleichbedeutend sein mit dem Widerrufe des Anerkenntnisses und müßte zu der Prüfung führen, ob das Anerkenntnis mit der wahren Sachlage im Einklange stehe, was gerade der § 307 auszuschließen bezweckt.

§ 308. 1. **RG. JW. 06** 810 Ziff. 7. Wenn der Kläger außer den durch ein früheres Urteil zugesprochenen Beträgen eine weitere Summe fordert, dann darf das Gericht nicht, den Klaganspruch für gerechtfertigt erklärend, in den Gründen aussprechen, daß bei Prüfung des Anspruchs die in dem früheren Urteile zugesprochenen Beträge außer Betracht zu bleiben haben. Hiermit geht es über das Begehren des Klägers hinaus.

2. R. **06** 941 Ziff. 2267 (Cassel). Bei der negativen Feststellungsklage ist es unzulässig, dem unbegründeten allgemeinen Anspruch einen für begründet erachteten, aber nicht geforderten engeren Anspruch zu substituieren.

§ 313. 1. R. **06** 1238. Beherzigenswerte Worte über Abfassung von Urteilen aus dem „Leitfaden für die Unterweisung der Referendare im Abfassen von Urteilen" von Küttner.

2. Ziff. 1. **a)** **RG.** R. **06** 122 Ziff. 198. Die Firma ist nicht ein Rechtssubjekt, das Parteifähigkeit besitzt. **b)** **RG.** JW. **06** 394 Ziff. 20. Wenn in der Klage der Kläger „als Generalbevollmächtigter der Z.schen Erben" aufgeführt war, so darf dieser Zusatz im Rubrum des Urteils nicht fortgelassen werden. **c)** Schlesinger, DJZ. **06** 258 f. Damit die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter im Urteil erfolgen kann, ist das Gericht befugt und auch verpflichtet, die Namhaftmachung der gesetzlichen Vertreter, d. h. der vertretungsberechtigten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft zu verlangen. **d)** LG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 280. Die Bezeichnung der Prozeßbevollmächtigten ist ein wesentlicher Bestandteil des Urteils. Fehlt die Angabe des einen Prozeßbevollmächtigten, so liegt ein Urteil im Sinne der ZPO. nicht vor. Die Zustellung eines solchen Urteils ist unwirksam und setzt die Notfrist nicht in Lauf.

3. Ziff. 3. **a)** **RG.** JW. **06** 114[15]. Dem Erfordernis eines ordnungsmäßigen Tatbestandes wird nicht durch die Erwähnung genügt, daß die Beklagte ihre früheren Beweisanträge wiederholt habe; vielmehr sind diese Anträge mindestens nach den Schriftsätzen zu bezeichnen, in denen sie gestellt sind. Wenn die Partei in ganz allgemeiner Weise ihr früheres Beweisanerbieten wiederholt, ist behufs Prüfung der Beweisanträge eine genaue Präzisierung derselben gemäß § 139 ZPO. zu veranlassen. **b)** **RG.** JW. **06** 572 Ziff. 43, BraunschwZ. **53** 76. Ein Tatbestand, der nur in der Wiedergabe der Parteianträge und in Bezugnahme auf den Tatbestand des ersten Urteils und auf die in historischer Reihenfolge aufgezählten zahlreichen Schriftsätze, Beweisbeschlüsse, Beweisaufnahmen und wiederum Schriftsätze besteht, wird den Anforderungen des § 313 Ziff. 3 nicht gerecht. **c)** **RG.** JW. **06** 174 Ziff. 20. Nichterwähnung eines in derselben Sache ergangenen aufhebenden Revisionsurteils in dem Tatbestand des anderweiten Berufungsurteils begründet die Aufhebung dieses Urteils nur dann, wenn der Mangel die Prüfung, ob das neue Urteil der Vorschrift des § 565 Abs. 2 ZPO. genügt, unmöglich macht oder wenn ein positiver Verstoß gegen diese Vorschrift vorliegt. **d)** **RG.** R. **06** 250 Ziff. 493 (vgl. JDR. **4** § 313 f.). Der Mangel eines selbständigen Tatbestandes führt nur dann zur Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht, wenn er eine Unsicherheit des Sach- und Streitstandes veranlaßt.

4. Ziff. 4. **a)** **RG.** R. **06** 1084 Ziff. 2524. Es ist allerdings eine Inkorrektheit, wenn der Parteivortrag und die Feststellung unstreitiger Tatsachen nur in den Entscheidungsgründen, nicht im Tatbestand des Urteils stehen; eine Verletzung prozessualer Rechtsnormen liegt darin aber noch nicht. **b)** ElsLothJZ. **06** 403 (Colmar). Eine tatsächliche Feststellung kann auch in den Urteilsgründen erfolgen.

5. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **06** 474 Ziff. 34. Die Bezugnahme auf den Inhalt vorbereitender Schriftsätze darf nur eine Ausnahme bilden. Die Verweisungen dürfen nur Ergänzungen der richterlichen Sachdarstellung in bestimmten, sich mit voller Klarheit von diesen abhebenden Punkten sein, sie dürfen den Tatbestand nicht mit Wiederholungen von ausschweifender Breite und mit Parteiausführungen belasten. **b)** **RG.** R. **06** 692 Ziff. 1685. Auch wenn der Tatbestand des Urteils des Berufungsgerichts keine ausdrückliche Feststellung darüber enthält, daß der Tatbestand des ersten Urteils vorgetragen worden ist, kann

derselbe in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils herangezogen werden, sofern in diesem auf das Sitzungsprotokoll der Berufungsverhandlung Bezug genommen ist und aus diesem hervorgeht, daß in ihr der Tatbestand des ersten Urteils verlesen worden ist.

§ 314. RG. PucheltsZ. **06** 3. Für die Frage, ob das behauptete Geständnis Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden, sind gemäß § 314 Tatbestand und Sitzungsprotokoll allein maßgebend.

§ 315. RG. R. **06** 1083 Ziff. 2523. Der Umstand, daß ein anderer als der bei der Verhandlung, Beratung und Abstimmung mitwirkende Richter das Urteil unterschreibt, stellt nur einen Schreibfehler dar, der jederzeit von Amtswegen berichtigt werden kann.

§ 317. 1. Biermann, Zwangsvollstreckung aus einem verkündeten Endurteil, dessen vollständige Abfassung unmöglich wird, BuschsZ. **35** 201 ff., hält die Erteilung von Ausfertigungen eines solchen unvollständigen Urteils für unzulässig; eine wirksame Zustellung kann damit nicht erfolgen. Daher ist das Urteil durch Berufung nicht anfechtbar, also mit der Verkündung rechtskräftig. Eine Vollstreckung ist aber mit Rücksicht auf §§ 724, 750 ZPO. unmöglich. Eine neue Klage ist zulässig und geboten, und zwar auch, wenn das unvollständige Urteil ein Versäumnisurteil ist. Dieses ist zwar, da der Einspruch nicht die Zustellung des Urteils voraussetzt, nicht rechtskräftig; die Einrede der Rechtshängigkeit ist aber dem Beklagten in dem neuen Prozesse zu versagen. Entscheidet das unvollständige Urteil lediglich über die Kosten des Rechtsstreits, so kann der Obsiegende die sofortige Beschwerde wegen der fehlenden Vollstreckbarkeit einlegen.

2. Voß, SächsRpflA. **06** 241, legt dem Verbot des Abs. 2 nicht zerstörliche, sondern nur verzögerliche Bedeutung bei. Sobald es im Sinne des Gesetzes feststehe, daß das Urteil nicht mehr unterschrieben oder vervollständigt werden könne, falle auch die Voraussetzung des Verbots weg. Wenn also der Einzelrichter nach der Urteilsverkündung verstorben ist, so ist das Verfahren in der Instanz nur dann nicht beendigt, wenn die Urteilsformel nicht aktenmäßig festgelegt ist. Anderenfalls darf eine Ausfertigung des unvollständigen Urteils erteilt werden, ohne daß eine Anordnung des Prozeßgerichts erforderlich wäre. Vielmehr kann der Gerichtsschreiber die Ausfertigung erteilen, sobald er von dem Tode des Richters amtliche Kenntnis hat. Die Quelle dieser Kenntnis ist im Ausfertigungsvermerk anzugeben.

§ 318. RG. JW. **06** 474 Ziff. 35. Wenn das Gericht vor Schluß der mündlichen Verhandlung ein Urteil erlassen hat, so unterliegt es zwar der Aufhebung, aber es ist nicht nichtig und kann daher nur im Wege des ordentlichen Rechtsmittels angefochten werden. Das Gericht, welches das Urteil erlassen hat, ist daran gebunden und darf nicht das Verfahren fortsetzen, als ob es das Urteil gar nicht erlassen hätte.

§ 319. 1. **a**) OLG. **13** 150 (Karlsruhe). Beseitigt werden können diejenigen Mängel einer Entscheidung, welche dem Inhalt der Entscheidungsgründe widersprechen und dergestalt erkennbar sind, daß aus dem Zusammenhalten von Tenor und Gründen sowohl das Vorhandensein eines Verfahrens, als auch das vom Richter wirklich Gewollte mit Gewißheit sich ergibt. Die Berichtigung ist dann auch möglich, wenn sich durch sie die Entscheidung gegenüber der verkündeten in ihr Gegenteil umkehrt. **b**) DJZ. **06** 92 (Darmstadt). Eine Unrichtigkeit, die noch ein Beweisverfahren erfordert, ist keine offenbare.

2. **a**) OLG. **13** 151 (KG.). Die Klage war gegen den Bauunternehmer Wilhelm in O. gerichtet und unter dieser Adresse zugestellt. Der Postbote hat jedoch in der Wohnung des Bauuuternehmers Wilhalm zugestellt. Es erging

Versäumnisurteil gegen Wilhelm. Die Berichtigung des Urteils in „Wilhalm" ist unzulässig, weil kein Versehen des Richters vorliegt, infolgedessen sein Wille in der Erklärung nicht den richtigen Ausdruck gefunden hätte. **b**) KGBl. **06** 37, OLG. **13** 152 (KG.). Der § 319 betrifft nur Schreibfehler, die auf einem Irrtum des Gerichts, nicht solche, die auf einem Irrtum der Partei beruhen, aber auch Irrtümer in der Parteibezeichnung. **c**) HansGZ. **06** Beibl. 244 (Hamburg). Berichtigung eines Vornamens des Beklagten zulässig, obgleich auch in der Klage der falsche Vorname gestanden hatte, wenn offenbar die Identität der Person des Beklagten außer Zweifel ist.

3. **a**) OLG. **13** 151 (Karlsruhe). Daß eine Verteilung der Kosten unter den Beklagten nach dem Maßstabe ihrer Beteiligung am Rechtsstreit versehentlich unterblieben ist, ist ein Irrtum in der Beurteilung, nicht ein nach § 319 zu berichtigender Mangel des Ausdrucks. **b**) OLG. **13** 151 (Karlsruhe). Daß hinsichtlich der Kostenentscheidung ein Versehen beim Diktieren des Urteils unterlaufen ist, muß aus den Urteilsgründen ersichtlich sein. Die Anziehung des § 92 ZPO. genügt dazu nicht, da sich die Verteilung der Kosten nach § 92 nicht lediglich nach der Höhe der im Urteil zu- und aberkannten Beträge richten muß.

4. R. **06** 1441 Ziff. 3440 (Naumburg). Diese Vorschrift ist auch auf Beschlüsse anwendbar, also kein Rechtsmittel gegen den die Berichtigung ablehnenden Beschluß.

5. KGBl. **06** 37 (KG.). Der Ausschluß der Anfechtung eines den Antrag auf Berichtigung zurückweisenden Beschlusses bezieht sich nur auf Entscheidungen auf Grund sachlicher Prüfung, nicht auf Zurückweisungen wegen Mangels der prozessualen Voraussetzungen.

§ 320. 1. Jacobson, DJZ. **06** 1014 f. § 320 ZPO. macht den Berichtigungsanspruch davon abhängig, daß der Tatbestand des Urteils Unrichtigkeiten, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche enthält. Da nach § 313 Ziff. 3 aaO. der Tatbestand eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grund der mündlichen Vorträge der Parteien ist, kann es sich im § 320 nur um solche Unrichtigkeiten usw. handeln, die der Tatbestand entgegen dem mündlichen Vorbringen der Parteien aufweist. Entspricht der Tatbestand dem mündlichen — wenn auch objektiv unrichtigen — Vorbringen der Parteien, so ist für eine Berichtigung aus § 320 ZPO. kein Raum, selbst wenn sich nach dem Erlasse des Urteils die Unrichtigkeit des Parteivorbringens herausstellte.

2. Herbst, BayRpflZ. **06** 120, führt aus, daß auf eine Unrichtigkeit im Tatbestand nicht die Berufung gestützt werden könne; dagegen ist Berufung zulässig, um Urteilsformel und Entscheidungsgründe mit dem berichtigten Tatbestand in Einklang zu bringen; auch nach eingelegter Berufung kann der Antrag auf Berichtigung noch gestellt werden, wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist oder der Gegner zustimmt. Dann ist zunächst die Entscheidung über die Berichtigung abzuwarten.

§ 321. KGBl. **06** 17 (KG.). § 321 setzt voraus, daß der Kostenpunkt bei der Entscheidung versehentlich übergangen, nicht absichtlich aus Rechtsgründen unentschieden geblieben ist.

§ 322. 1. Engelbrecht, Klagegrund, Klagänderung, Rechtskraft, DJZ. **06** 520 ff., vgl. o. zu § 253.

2. Scherling, Zur Lehre vom objektiven Umfange der Rechtskraft, BuschsZ. **32** 186—220. Anspruch im Sinne des § 322 ist der Antrag in Verbindung mit den vom Kläger vorgebrachten Tatsachen, nicht aber das ganze Rechtsverhältnis, insbesondere nicht etwa alle innerhalb des § 268 ZPO. möglichen Begründungen dieses Anspruchs. Von dem Begriff des Klagegrundes ist der des

Anspruchs nicht abhängig. Daher hängt hiervon auch nicht der Umfang ab, in welchem über den Anspruch entschieden ist. Maßgebend für die Einrede der Rechtskraft ist, ob die beiden Ansprüche soviel gemeinsame Merkmale haben und ihre Unterschiede dagegen so sehr zurücktreten, daß man sagen kann: es ist in beiden Fällen derselbe Anspruch erhoben. Der Maßstab hierfür ist, ob die in der zweiten Klage zur Begründung des Anspruchs vorgebrachten Tatsachen eine vom ersten Urteil abweichende rechtliche Beurteilung ermöglichen. Dagegen ist der § 767 ZPO. kein allgemein gültiger Fundamentalsatz der Rechtskraft.

3. **a)** **RG. 61** 359. Die formale Rechtskraft des ergangenen Judikats steht der Anwendung des § 826 BGB. nicht entgegen. Die Wirkung der Rechtskraft muß da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechtes zu geben. Daher ist der Anspruch auf Herausgabe des Vollstreckungstitels und Unterlassung der Vollstreckung gerechtfertigt, wenn der Beklagte bewußt einen nichtigen Anspruch aus Wuchergeschäft verfolgt und sich das Judikat dadurch verschafft, daß er die Klage mittels öffentlicher Zustellung absichtlich zu einer Zeit erhob, wo er darauf rechnete, daß der Gegner von der Klage keine Kenntnis erhalten könnte. **b)** Kohler, Bürgerlichrechtliche und prozeßrechtliche Elemente im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung, GrünhutsZ. **33** 561 ff. Durch das rechtskräftige Urteil entsteht eine bürgerlichrechtliche Forderung bzw. ein dinglicher Anspruch. Solcher Anspruch kann mit der Arglisteinrede behaftet sein. Nicht gegen die guten Sitten ist es zwar, ein Urteil geltend zu machen, von dem man weiß, daß es dem wahren Sachverhalt nicht entspricht; wohl aber verletzt derjenige Sitte und Ordnung, der dazu beigetragen hat, daß das Urteil in einer dem Sinne des Rechtes widersprechenden Weise entstanden ist, und dann im Bewußtsein dessen das Urteil geltend macht, so wenn das Urteil durch unerlaubte Handlung beeinflußt ist, wenn jemand es darauf anlegt, daß die Zustellungen dem Gegner nicht bekannt werden, wenn jemand den Einspruch auf arglistige Weise verhindert oder wenn er ein Urteil vollstreckt, dessen Tatbestand berichtigt ist, das aber unanfechtbar ist. **c)** Kleinfeller, BayRpflZ. **06** 1 ff., bekämpft die Lehre, daß die Benutzung eines rechtskräftigen Urteils eine nach § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung sein könne. Das rechtskräftige Urteil verschaffe ein materielles Recht und ein Vollstreckungsrecht gegenüber dem Unterlegenen. Daher könne die Ausübung dieses Urteilsrechts nicht rechtswidrig sein. Durch die Ausübung könne auch dem Schuldner kein Schaden zugefügt werden, weil er durch die erfolgreiche Vollstreckung von der Schuld befreit werde. Die bekämpfte Auslegung des § 826 BGB. stehe auch im Widerspruch mit dem Prozeßrecht und den Grundsätzen von der Rechtskraft, sowie mit § 767 ZPO. und mit Art. 32 EGBGB.

4. OLG. **13** 134 (Hamburg). Das Urteil schafft, ohne Rücksicht darauf, ob die Klage dem Beklagten zugestellt war, so lange formelles Recht zwischen den im Urteil bezeichneten Parteien, bis es durch ein ordentliches Rechtsmittel oder durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt ist.

5. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** JW. **06** 26[29]. Ein Urteil, durch welches die Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft abgewiesen worden ist, stellt nicht rechtskräftig für alle Zeiten fest, daß der Kläger eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft von der Beklagten nicht fordern könne. Vielmehr kann der Kläger die Rückkehr der Beklagten später doch wieder fordern, wenn er seinen Sinn ändert und demnächst der Beklagten Gewähr dafür bietet, daß er die ernstliche und aufrichtige Absicht hat, das eheliche Zusammenleben in einer dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Weise aufzunehmen. **b)** **RG.** R. **06** 446 Ziff. 1097. Ein Urteil durch welches ausgesprochen ist,

daß dem Kläger Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Zuführungen von Ruß und sonstigen schädlichen und giftigen Stoffen seitens des Beklagten zustehen, macht Rechtskraft auch für den Grund der wegen späterer Zuführungen erhobenen Schadensersatzklage; es ist Sache des Beklagten, im Einredewege die Änderung des Sachverhalts, der dem Feststellungsurteil zugrunde gelegen hat, darzutun. **c)** R. **06** 1267 Ziff. 3106 (Frankfurt a. M.). Identität der Ansprüche liegt vor, wenn in dem von dem legitimierten Wechselinhaber gegen den Akzeptanten angestellten Wechselprozeß im Vorprozeß die Behauptung eigenhändiger Unterschrift aufgestellt war, jetzt aber behauptet ist, ein anderer habe im Auftrag und mit Genehmigung des Beklagten das Akzept vollzogen. **d)** **RG.** R. **06** 250 Ziff. 494. Ein Urteil, welches einen einredeweise geltend gemachten Wandelungsanspruch für begründet erklärt hat, schafft nicht Rechtskraft für einen in einem späteren Prozeß klageweise geltend gemachten Wandelungsanspruch. **e)** BadRpr. **06** 351 (Karlsruhe). Wenn der Kläger im Vorprozeß einen Zinsenanspruch erhoben hat, ohne irgendwie erkennbar zu machen, daß er sich einen Anspruch auf höhere Zinsen vorbehalte, so steht der nachträglichen Geltendmachung weiterer Zinsen die Einrede der Rechtskraft entgegen.

§ 323. 1. **RG.** JW. **06** 360 Ziff. 22, EisenbE. **23** 49. Der § 323 stellt sich als eine neue m a t e r i e l l - r e c h t l i c h e Vorschrift dar, die mangels einer ausdrücklichen dahingehenden Vorschrift keine rückwirkende Kraft auf einen unter der Herrschaft des Code civil aus unerlaubter Handlung entstandenen Schadensersatzanspruch, über den vor dem 1. 1. 00 rechtskräftig entschieden ist, hat.

2. (Vgl. JDR. **4** § 323.) **a)** **RG.** EisenbE. **22** 404, SeuffBl. **06** 380, SächsRpflA. **06** 292. S o w e i t die zukünftigen Erwerbsverhältnisse schon jetzt sich übersehen lassen, muß auf diese bei Festsetzung der Rente Rücksicht genommen werden. **b)** **RG.** JW. **06** 27[30], EisenbE. **22** 290. Durch die Vorschrift des § 323 ZPO. ist dem Gericht nicht die Aufgabe abgenommen, die im voraus zu ermessende Verringerung der Erwerbsfähigkeit des Klägers und deren schließlichen Verlust, die auch ohne den Unfall eingetreten wären, in dem die Beklagte zur Zahlung einer Rente verurteilenden Erkenntnis zu berücksichtigen. — Ebenso **RG.** JW. **06** 204 Ziff. 25, SeuffBl. **06** 580, wonach auch die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse zu berücksichtigen ist, soweit sich diese nach dem gewöhnlichen, erfahrungsmäßigen Verlauf der Dinge voraussehen läßt. **c)** **RG.** JW. **06** 361 Ziff. 23, EisenbE. **23** 51. Wenn jeder sichere Anhalt dafür fehlt, daß der Erwerb des Klägers im Alter sich mindern müsse, ist die zeitliche Unbegrenztheit des die Zahlung einer Rente aussprechenden Urteils bedenkenfrei. Das Urteil ist dahin zu verstehen, daß dem Kläger die Rente bis zum etwaigen Eintritt einer wesentlichen Änderung im Sinne des § 323 zugesprochen sein soll.

§ 324. P a s c h k e, R. **06** 796 f. Es ist anzunehmen, daß § 324 ZPO. das im § 843 BGB. statuierte generelle Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, nach Erlaß des Urteils im Hauptprozeß auf den singulären Fall beschränkt, daß sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheblich verschlechtert haben.

§ 325. 1. M e y e r, R. **06** 852, führt gegen S e u f f e r t, Kommentar Anm. 1a zu § 325 ZPO., aus, daß die rechtskräftige Feststellung des Bestehens der Forderung im Prozeß zwischen Gläubiger und Schuldner keine Wirkung im Verhältnis zum Bürgen habe, daß dagegen der Bürge sich gemäß § 768 Satz 1 BGB. auf die rechtskräftige Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner berufen könne. P a g e n s t e c h e r das. 1313 schließt sich dem an, will aber nicht § 768, sondern § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB. anwenden. M e y e r das. 1426 vertritt demgegenüber seinen obigen Standpunkt, weil auch die rechtskräftige K l a g a b w e i s u n g nur unter den Parteien wirkt. S. zu dieser Frage auch BGB. § 768 Ziff. 1.

2. SächsOLG. **27** 354, OLG. **13** 154. Keine Haftung des Rechtsnachfolgers, der nach der Urteilsverkündung den Streitgegenstand erworben hat, für die dem Vorgänger auferlegten, lediglich von diesem verursachten Prozeßkosten.

§ 328. 1. OLG. **13** 154 (Hamburg). Die Gerichte in den deutschen Schutzgebieten sind nicht als ausländische Gerichte anzusehen.

2. **a)** *Neumeyer, ZStW. **27** 27 f. Daß das Urteil von einem Strafgericht gesprochen wurde, schließt die Anerkennung seines zivilrechtlichen Inhalts nicht aus. — Es bedarf nach Ziff. 5 einer Gegenseitigkeit in der Anerkennung, nicht in der Vollstreckung auswärtiger Urteile. — Die Anerkennung eines fremden Urteils ist nur dann an die Voraussetzungen des § 328 geknüpft, wenn das Urteil Rechtswirkungen in Deutschland erzeugen soll, nicht aber, wenn die aus einer Wirkung im Ausland erwachsenen Rechtsverhältnisse vor den deutschen Richter gelangen. — *Neumeyer, SeuffBl. **06** 333 ff., insb. 339 f. Partikulare Staatsverträge über Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Zivilurteile gelten für den vertragschließenden, aber nicht für die übrigen Bundesstaaten, für das Reich, wenn es eine Angelegenheit als Landessache dieses Bundesstaats zu behandeln hat, aber nicht in anderen Fällen. Mittelbare Übergriffe in den Rechtszustand eines anderen Bundesstaats bleiben möglich. Gilt auch für Art. 18 des Frankfurter Friedens, sowie für die Rhein- und Elbverträge. Vgl. auch EGBGB. Art. 56, KO. § 237, das. 335 f. — Zu Ziff. 1. Die Beurteilung der Zuständigkeit kann durch partikulare Staatsverträge beeinflußt werden. Vgl. auch ZPO. § 27. **b)** LG. München, NiemeyersZ. **16** 252. § 328 betrifft lediglich zivilrechtliche Ansprüche. Ob ein solcher vorliegt, ist nach ausländischem Rechte zu bemessen. Die Entschädigung für Umtriebe nach Zürcher Recht ist zivilrechtlicher Art. Daß der Anspruch im Ausland im Strafprozeß verfolgt werden kann, ändert daran nichts.

3. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 87 ff. Die Vorschrift ist auf Entmündigungsurteile unanwendbar. (301.) Kostenentscheidungen, die im deutschen Entmündigungsverfahren zuungunsten des ausländischen Antragstellers ergehen, sind in den Haager Vertragsstaaten stets vollstreckbar.

4. LG. München, NiemeyersZ. **16** 252. Auf den Prozeß einlassen bedeutet überhaupt im Prozeß tätig werden, daher auch das Einlegen der Berufung.

5. **a)** **RG.** JW. **06** 599 Ziff. 3 (vgl. JDR. **4** § 328 Ziff. 3). Um die Gegenseitigkeit als verbürgt erscheinen zu lassen, bedarf es nicht unbedingt eines Staatsvertrags oder eines Gesetzes des Auslandes, vielmehr genügt auch eine stetige Übung, welche eine weitergehende Prüfung der Urteile der deutschen Gerichte, als sie für diese in der Frage der Vollstreckung auswärtiger Urteile angeordnet ist, ausschließt. — Im Kanton Zürich ist Verbürgung anzunehmen. **b)** LG. München, NiemeyersZ. **16** 252. Mit dem Kanton Zürich ist die Gegenseitigkeit verbürgt durch ständige Übung der Gerichte des Kantons.

6. v. Spindler, R. **06** 1186. Von besonderen Ausnahmefällen abgesehen (§ 328 Abs. 2 ZPO.) findet die Anerkennung belgischer Urteile im Deutschen Reiche nicht statt.

§ 329. 1. **RG.** JW. **06** 568 Ziff. 39. Kein Inwirksamkeitsetzen einer gerichtlichen Entscheidung durch formlose Mitteilung oder durch konkludente Handlung.

2. **a)** HessRspr. 7 34 (Darmstadt). Ein außerhalb einer mündlichen Verhandlung erlassener Beschluß wird erst durch die Unterschrift aller beteiligten Richter erlassen. **b)** SächsOLG. **27** 165. Bei nicht verkündeten Beschlüssen ist die Zustellung durch Parteibetrieb ausgeschlossen.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 335. 1. **a)** DJZ. **06** 152 (Hamburg). Der Nachweis einer Zustellung kann, wenn die Zustellungsurkunde nicht vorgelegt werden kann, auch in anderer

Weise erbracht werden, insbesondere durch einen Auszug aus dem Zustellungsregister des Gerichtsvollzieheramts. **b**) SchlHolstAnz. **06** 263 (Kiel). Auch der Beklagte, der ein Versäumnisurteil gegen den Kläger beantragt, muß den Nachweis erbringen, daß ihm die Klageschrift vom Kläger zugestellt sei. Dieser Nachweis kann im Falle des Verlusts der Zustellungsurkunde in jeder anderen Weise geführt werden. Es genügt, wenn der Beklagte im Besitz einer Abschrift der Klage mit einer darauf befindlichen Bescheinigung des Gerichtsvollziehers über die Übergabe zur Post zwecks Zustellung sich befindet. **c**) LG. I Berlin, KGBl. **06** 36. Der Nachweis der Klagezustellung braucht nicht durchaus durch Vorlegung der Postzustellungsurkunde geführt zu werden, vielmehr findet freie Beweiswürdigung Anwendung. Es genügt hiernach, daß der Beklagte, der den Nachweis der Zustellung zu führen hat, im Besitz der Klageschrift mit dem Nachweis der Übergabe an die Post sich befindet.

2. **a**) BayRpflZ. **06** 324 (München). Die Ladung zum ersten Termin erstreckt ihre Wirkung auch auf die späteren, so daß nur deren Bekanntgabe notwendig ist. **b**) LG. Stendal, NaumburgAK. **06** 89. Die Vorschrift der Nr. 2 betrifft nur den Fall, daß die nicht erschienene Partei vom Gegner nicht ordnungsmäßig geladen war, nicht den Fall, daß sie selbst den Gegner geladen, aber vom Termin nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hatte. In diesem Fall gilt sie als säumig.

3. Armstroff, DJZ. **06** 650 ff. Einem neuen Vorbringen im Sinne des § 335³ ZPO. steht die Weglassung eines angekündigten Vorbringens gleich, sofern ohne diese Weglassung der gestellte Antrag sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. Enthält der der Klage zugrunde liegende Vertrag einzelne, für die Entscheidung unerhebliche, nichtige Klauseln, so gilt die Behauptung, daß die Parteien den Vertrag auch ohne diese Klauseln geschlossen hätten (§ 139 BGB.), als der Klage immanent.

§ 337. Adolf Bechmann, BayRpflZ. **06** 263 ff., schlägt vor, um den Erlaß des Versäumnisurteils gegen die durch einen gerade anderwärts beschäftigten Anwalt vertretene Partei zu vermeiden, die Sache erst beim Erscheinen des Anwalts aufrufen zu lassen. Dies ist rechtlich angängig, da die Terminsstunde nur die Bedeutung hat, daß die Sache nicht vorher aufgerufen werden darf. Termin im Rechtssinn ist nur Terminstag.

§ 339. 1. KGBl. **06** 99, OLG. **13** 156 (KG.). Die Bestimmung der Einspruchsfrist bleibt wirksam, wenngleich das Urteil im Inlande zugestellt wird. Eine Zustellung nach dem Auslande durch Aufgabe zur Post ist als Zustellung im Inlande anzusehen. Die dennoch erfolgte Bestimmung einer Einspruchsfrist ist aber wirksam, auch wenn sich später die tatsächlichen Voraussetzungen ändern. — Dagegen ebenda die Ausführungen des Einsenders.

2. OLG. **13** 155 (Hamburg). Die Einspruchsfrist ist auch zu bestimmen, wenn die Zustellung des Urteils nach dem Ausland durch Aufgabe zur Post erfolgen darf. Ergeht der Beschluß, durch den die Einspruchsfrist festgesetzt wird, erst nach Erlaß des Versäumnisurteils, so beginnt die Einspruchsfrist erst mit der vom Kläger bewirkten Zustellung des Beschlusses.

3. **RG.** JW. **06** 312 Ziff. 19. Der nachträgliche, die Einspruchsfrist bestimmende Beschluß stellt sich als Ergänzung des Versäumnisurteils dar, die von Amts wegen vorzunehmen ist. Dieser Beschluß ist ordnungsmäßig mit dem Beschluß zu verbinden, durch den die öffentliche Zustellung des Urteils bewilligt wird. Ein besonderer Antrag auf öffentliche Zustellung des Ergänzungsbeschlusses oder eine besondere Bewilligung der öffentlichen Zustellung desselben ist nicht erforderlich. Der Beschluß braucht nicht gleichzeitig mit dem Urteil ausgehangen

zu haben. Hängt der Beschluß später aus, als das Urteil, so beginnt mit der Zustellung des Beschlusses die Einspruchsfrist.

4. **RG.** JW. **06** 568 Ziff. 39. Die Bestimmung der Einspruchsfrist gemäß Abs. 2 ersetzt nicht den ausdrücklichen Beschluß über Bewilligung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils.

§ 344. ThürBl. **53** 81, NaumburgAK. **06** 41 (Jena). Die Kosten der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil gehören nicht zu den durch die Versäumnis veranlaßten Kosten im Sinne des § 344.

Vierter Titel. Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen.

§ 354. Schönfeld, R. **06** 483 ff., weist aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nach, daß § 354 ZPO., wenn das vorbereitende Verfahren in erster Instanz stattgefunden hat, auch in der Berufungsinstanz neue Erklärungen, Behauptungen, Beweisantretungen ausschließt. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Meyer, R. **06** 996 f.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 357. 1. **a)** *Simonson, BuschsZ. **35** 424—436. Der Schwurpflichtige darf zwar den Gegner von der Gegenwart bei der in der Wohnung des Schwurpflichtigen stattfindenden Eidesleistung ausschließen, ohne daß der Richter deshalb die Abnahme des Eides verweigern darf. Aber der Schwurpflichtige tut dies auf seine Gefahr, der Gegner braucht den Eid nicht als ordnungsmäßig geleistet gelten zu lassen und darf auch die Wiederholung des Eides unter Zulassung seiner Anwesenheit verweigern. **b)** OLG. **13** 158 (Colmar). Ist bei einer in Paris erfolgten Eidesabnahme der Gegenpartei keine Nachricht vom Termine gegeben, so kann nicht die Wiederholung der Eidesabnahme verlangt werden, weil nach Art. 121 des in Paris geltenden Code de proc. diese Unterlassung keine Nichtigkeit zur Folge hat.

2. R. **06** 122 Ziff. 201 (BayObLG.). Da die Angelegenheiten, in denen nach dem Gebührengesetz die Gerichte zu entscheiden haben, zu den Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit gehören, ist den Parteien gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

§ 359. ElsLothJZ. **06** 225, 263 (Colmar). Die Bezeichnung der streitigen Tatsachen kann, wenn das Beweisthema im Sitzungsprotokoll unmittelbar vor dem Beschluß niedergelegt ist, durch Bezugnahme auf das Beweisthema ersetzt werden. Ebenso durch Verweisung auf diejenigen Stellen der Gerichtsakten, an denen die streitigen Tatsachen angetroffen werden können, sofern Mißverständnisse ausgeschlossen sind.

§ 367. BuschsZ. **35** 242 (Cöln). Ist die Gegenpartei im Termine zur Eidesleistung deshalb nicht zugegen gewesen, weil sie nicht ordnungsmäßig vom ersuchten Gericht benachrichtigt worden ist, so kann sie deswegen nicht verlangen, daß dem Gegner der Eid nochmals abgenommen werde. Vielmehr behält die Eidesleistung ihre Wirkung.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: Der Zeugenbeweis hat entsprechend seiner praktischen Bedeutung wieder zu vielen obergerichtlichen Entscheidungen Anlaß gegeben. Im Vordergrund stehen wieder die Entscheidungen über das Zeugnisverweigerungsrecht. Besonders bezüglich des Notars herrscht noch eine für die Bedürfnisse der Praxis unheilvolle Meinungsverschiedenheit der Obergerichte.

§ 373. 1. **a)** *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Ein Wechsel in der Rolle der Parteien und der gesetzlichen Vertreter, z. B. im Falle des Erb-

ganges, wirkt auch auf die Zeugenschaft der schon gehörten Zeugen zurück. Wird der Zeuge nachträglich Partei oder gesetzlicher Vertreter, so kann ihm nunmehr der Eid zugeschoben werden. Die frühere Aussage darf aber als Teil der Prozeßverhandlungen nicht unberücksichtigt bleiben (**RG. 29** 343). Reicht sie insbesondere als eidlich bekräftigte Aussage schon für die richterliche Überzeugung aus, so wird dadurch die Eideszuschiebung nach ZPO. § 446 unzulässig. Umgekehrt steht der Zeugenvernehmung einer früheren Partei nach ihrem Ausscheiden aus dem Rechtsstreite nichts mehr im Wege; hatte sie innerhalb des Prozesses bereits einen Parteieid geleistet, so ist dessen Beweiskraft jetzt frei zu würdigen; es ist zulässig und unter Umständen geboten, die Person, die in ihrer früheren Parteistellung den Eid geleistet hatte, nunmehr über denselben Beweissatz nochmals als Zeugen zu hören (402). — Der ausländische Zeuge könnte durch Angebot einer Vergütung veranlaßt werden, sich freiwillig zu seiner Vernehmung im Inlande zu gestellen. Ein Ersuchen an die ausländischen Behörden, ihrerseits den Zeugen vor das deutsche Gericht zu laden, wird kaum Erfolg haben; dem Haager Abkommen ist ein Ersuchen dieser Art nicht bekannt (403). **b**) **RG.** R. **06** 625 Ziff. 1518. Hat die Vernehmung des Zeugen in gesetzmäßiger Weise einmal stattgefunden, so ist das Gericht, auch wenn der Zeuge später Prozeßpartei geworden ist, zur Berücksichtigung seiner Bekundung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.

2. (Vgl. auch zu § 286 unter 3.) **a**) **RG.** R. **06** 507 Ziff. 1186. Aussagen von Zeugen in anderen Prozessen dürfen nur als Urkundenbeweis verwandt werden. Immerhin führt die unrichtige Auffassung als Zeugenbeweis nur dann zur Aufhebung des Berufungsurteils, wenn ersichtlich ist, daß sie von Einfluß auf die Art der Beweiswürdigung gewesen ist. **b**) **RG.** JW. **06** 27 [31]. Unter Umständen können allerdings die in einem anderen Prozeß abgegebenen Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises benutzt werden. Wenn aber eine Partei hiermit nicht einverstanden ist, es sich zudem um eine wichtige, für den Ausfall des Rechsstreits entscheidende Frage handelt, so muß eine neue Vernehmung stattfinden. Die Vermutung, daß ein Zeuge jetzt nichts anderes aussagen werde, als im früheren Prozeß, kann keine Beachtung finden. Völlig außer Betracht zu bleiben hat das frühere Revisionsurteil.

3. **RG.** R. **06** 447 Ziff. 1098. Die Unterlassung der Vernehmung eines als Zeugen benannten Rechtsanwalts über einen Nebenvorgang bei einem von vielen Geschäften, die an ihn herantreten, erscheint rechtlich zulässig, insofern ausgeführt wird, daß der Zeuge keinesfalls sich mit solcher Bestimmtheit erinnern könne, daß seine Aussage, verglichen mit denen der anderen Zeugen, im Falle eines Widerspruchs den Vorzug größerer Sicherheit haben würde.

§ 380. *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 277 f. Die deutschen Vorschriften über Zeugenpflicht sind auch anwendbar, wenn auf ausländische Ersuchen das deutsche Gericht Zeugen lädt und einvernimmt.

§ 383. Ziff. 5. 1. Rechtsanwälte. **a**) PosMschr. **06** 15 (Marienwerder). Ein Rechtsanwalt darf nicht sein Zeugnis darüber verweigern, ob die Gegenpartei, welche er in einem anderen Prozesse vertrat, vor Beginn dieses Verhältnisses ihm als Prozeßbevollmächtigten des Gegners gegenüber auf Rechtsmittel verzichtet hat. **b**) SeuffBl. **06** 424, NaumburgAK. **06** 79 (München). Die Berechtigung des Anwalts zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht sich nicht nur auf rechtsgeschäftliche Vorgänge, sondern auf Mitteilungen seiner Partei (Information) und auf alles, was er in seiner Vertrauensstellung als Anwalt der Partei wahrgenommen und getan hat. Diese Tatsachen sind ihm anvertraut. **c**) OLG. **13** 158 (Karlsruhe). Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht auch dann, wenn der Beklagte den Rat seines Anwalts darüber einholt, wie ein

ihm drohender Prozeß vermieden werden kann, und wenn dann der Anwalt behufs Erzielung einer Verständigung mit dem Gegner seiner Partei Verhandlungen führt. Diese Verhandlungen sind vertraulich, auch wenn ein Dritter dabei anwesend war.

2. Notare. a) **RG.** JW. **06** 174 Ziff. 21. Wenn der als Zeuge über eine notarielle Verhandlung zu vernehmende Notar von einem der bei dieser Verhandlung Beteiligten von der Amtsverschwiegenheit nicht entbunden ist, so ist er berechtigt, sein Zeugnis über jene Verhandlung insoweit zu verweigern, als es sich dabei um die Mitwirkung jenes Beteiligten und die von demselben abgegebenen Erklärungen handelt. **b)** ThürBl. **53** 188 (Jena). Ein Notar darf über die ganzen Verhandlungen, die in einer Angelegenheit vor ihm als Notar stattgefunden haben, das Zeugnis verweigern, wenn er nicht von allen Beteiligten von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden wird. **c)** Elf. LothJZ. **06** 384 (Colmar). Der mit einer Erbauseinandersetzung betraute Notar, der von den Parteien eines aus Anlaß der Auseinandersetzung entstandenen Prozesses von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden ist, kann, sofern der Gegenstand der Vernehmung nicht mit der Frage der Gültigkeit der Auseinandersetzung zusammenhängt, sein Zeugnis nicht deshalb verweigern, weil ihn die außerhalb des Prozesses stehenden Miterben von jener Verpflichtung nicht entbunden haben. **d)** **RG.** JW. **06** 430 Ziff. 17. Die Zeugnisverweigerung eines Notars wurde für berechtigt erklärt, weil der eine Beklagte ihn nicht von der Schweigepflicht entband, obgleich der gleichfalls beklagte Konkursverwalter im Konkurse dieses Beklagten ihn von der Schweigepflicht entbunden hatte. Der Gemeinschuldner ist als Prozeßpartei ein Beteiligter im Sinne des § 90 PrFGG.

3. Ärzte. **a)** Frank, BayRpflZ. **06** 213, bekämpft die Entscheidung eines Landgerichts, wonach der bei einem unblutig verlaufenen Duell zugezogene Arzt sein Zeugnis nicht verweigern dürfe. Das Zeugnisverweigerungsrecht beginne vielmehr schon, wenn der Arzt „gerufen" werde, auch wenn er nach erfolgter Vorbereitung keine Gelegenheit zum Tätigwerden habe. Auch die eigenen Wahrnehmungen des Arztes beim Duell seien „anvertraut", da ihm die Kenntnisnahme von der Partei ermöglicht sei. **b)** OLG. **13** 161, SächsRpflA. **06** 204 (Dresden). Auch nach dem Tode des Patienten dauert die Verschwiegenheitspflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes fort. Die Erben können ihn von der Pflicht zur Verschwiegenheit nicht entbinden. — Bestätigt vom **RG.** SächsRpflA. **06** 244.

4. Abgeordnete. Alexander-Katz, JW. **06** 638 f. Zu den von der Zeugnispflicht befreiten Personen gehören nicht bloß jene, die nach § 300 StGB. für eine Verletzung der Verschwiegenheit strafbar sind, oder, wie Schöffen und Geschworene (§ 200 GVG.) oder Steuerkommissare usw. durch gesetzliche Vorschrift zur Geheimhaltung verpflichtet sind, sondern auch jene, bei denen die Geheimhaltung „nach der Natur der mitgeteilten Tatsachen" kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes geboten erscheint. Gegen Reichstagsabgeordnete kann der Richter gemäß Abs. 2 u. 3 § 383 ZPO. keine Frage über die Quellen zu ihren parlamentarischen Reden richten.

5. Sonstige Personen. **a)** HessRspr. **6** 153 (Darmstadt). Der Ausdruck „anvertraut" ist im weiteren Sinne zu verstehen. Es ist darunter auch dasjenige inbegriffen, was die in Ziff. 5 genannten Personen innerhalb ihres Berufes bei den Verhandlungen mit den ihnen Vertrauen schenkenden Personen wahrgenommen haben. (Ebenso **RG.** JW. **01** 719). Daher kann der Beamte eines Vorschußvereins, der als der Vertreter des Vereins zwecks Erwerbs der Klageforderung einmal mit dem Beklagten über Bestand und Anerkennung der Forderung verhandelt hat, über die Erklärungen des Beklagten das Zeugnis

verweigern. **b)** OLG. **13** 159 (Colmar). Die Direktoren und Angestellten, desgleichen die Agenten einer Bank sind zur Geheimhaltung der Vermögensangelegenheiten ihrer Kunden verpflichtet, besonders dann, wenn die Bank einem Kaufmann laufenden Kredit eröffnet und es sich darum handelt, ob er völlig in Anspruch genommen sei oder nicht. **c)** ElsLothNotZ. **06** 299 (Colmar). Der Handelsagent eines Kreditvereins, welcher vertragsgemäß die Interessen der Gesellschaft zu vertreten und für diese Geldgeschäfte zu vermitteln hat, kann in einem Rechtsstreit der Verkehrssteuerverwaltung gegen einen von ihm dem Kreditverein zugeführten Kunden wegen Verwirklichung eines Kredits sein Zeugnis verweigern.

§ 384. Ziff. 3. 1. OLG. **13** 158, HansGZ. **06** Beibl. 116 (Hamburg). Auch auf handelsgeschäftliche Gewerbegeheimnisse ist die Vorschrift anwendbar. Ein solches Geheimnis liegt aber nur vor, wenn der Zeuge oder ein anderer, dem gegenüber der Zeuge zur Geheimhaltung verpflichtet ist, ein erhebliches unmittelbares Interesse an der Nichtoffenbarung der Tatsache hat. Dies zu prüfen, muß das Gericht in die Lage versetzt werden. Die eidliche Versicherung des Zeugen, es liege ein Geschäftsgeheimnis vor, genügt nicht.

2. OLG. **13** 160 (Hamburg). Man kann nicht jedem Kontrahenten eines Vertrags das Recht geben, über den Inhalt eines Vertrags, an dessen Geheimhaltung nicht er, sondern sein Gegenkontrahent oder ein beliebiger Dritter ein Interesse hat, das Zeugnis zu verweigern, wenn der Zeuge nicht als Angestellter oder Vertreter eines Dritten dessen Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren müßte.

3. RheinA. **103** 127 (Düsseldorf). Der Spediteur ist auf Grund des § 383 Ziff. 5 ZPO. zur Verweigerung des Zeugnisses nicht berechtigt, wohl aber nach § 384 Ziff. 3, wenn sein Auftraggeber ihm ein Geschäftsgeheimnis anvertraut hat, an dem dieser ein erhebliches und unmittelbares Interesse hat. Alsdann kann auch sein Angestellter das Zeugnis verweigern.

§ 385. Abs. 1 Ziff. 3. 1. R. **06** 625 Ziff. 1519 (BayObLG.). Eine Vereinbarung über die Wirkung einer für die Zwecke der Ehe vollzogenen Leistung vermögensrechtlicher Natur ist eine Tatsache, die eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit betrifft.

2. Hagen, BayRpflZ. **06** 471 ff. (vgl. IDR. **4** § 385 b). Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ist eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis zwischen Vater und Kind bedingt ist. Im Unterhaltsprozesse des unehelichen Kindes gegen seinen Vater handelt es sich daher um eine Vermögensangelegenheit, welche durch das Familienverhältnis zwischen den Parteien und nicht durch das Familienverhältnis zwischen dem Zeugen und einer Partei (Kindesmutter) bedingt. Für diesen Fall trifft die Ausnahmebestimmung des § 385 [3] ZPO. nicht zu.

§ 389. Abs. 3. R. **06** 122 Ziff. 202, ElsLothJZ. **06** 384 (Colmar). Mit neuer rechtlicher Begründung kann der Zeuge seine Weigerung versehen.

§ 391. R. **06** 625 Ziff. 1520 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 391 Abs. 1 über die Beeidigung des Zeugen fällt nicht nur in den Fällen des § 393 ZPO., sondern auch dann weg, wenn eine besondere Vorschrift der ZPO. es rechtfertigt, daß der Zeuge nicht beeidigt wird, so z. B. wenn das Gericht nach pflichtmäßiger, umsichtiger Würdigung des Streitstoffes sich darüber klar geworden ist, daß durch den Zeugen nichts bewiesen werden kann (§ 286 ZPO.).

§ 392. **RG.** IW. **06** 27 [32]. Allerdings deckt der Zeugeneid den Sachverständigeneid nicht (vgl. **RG.** **6** 3). Allein eine von einem Zeugen bei seiner Aussage gelegentlich abgegebene Bemerkung, die ein Urteil enthält, braucht nicht stets mit dem Sachverständigeneid bekräftigt zu werden.

§ 393. 1. SeuffBl. **06** 139 (Stuttgart). Ein Zeuge, der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht, kann noch nach Ablegung des Zeugnisses die Leistung des Zeugeneides verweigern.

2. **a)** **RG.** JW. **06** 142 Ziff. 16. Verwandte, welche gemäß § 385 ZPO. das Zeugnis nicht verweigern dürfen, müssen beeidigt werden. **b)** **RG.** R. **06** 250 Ziff. 495. Ob die nach Abs. 1 Ziff. 3 in Verbindung mit § 384 Ziff. 2 ZPO. unbeeidigt vernommenen Zeugen nachträglich zu beeidigen sind, hat das Berufungsgericht zu entscheiden. Wenn es hierzu keinen Anlaß gefunden hat, so unterliegt diese Entschließung der Nachprüfung nicht. Auch auf Grund hiernach unbeeidigter Aussagen kann die richterliche Überzeugung gegründet werden. **c)** BadRpr. **06** 183 (Karlsruhe). Wenn ein Zeuge vom ersuchten Richter unter Verletzung des § 393 Ziff. 3 sofort eidlich vernommen worden ist, das Prozeßgericht aber die nachträgliche Beeidigung doch angeordnet haben würde, so kann es bei der gesetzwidrig erfolgten Beeidigung verbleiben; eine Wiederholung der Beeidigung ist nicht erforderlich.

3. **a)** **RG.** R. **06** 507 Ziff. 1188. Unmittelbar beteiligt sind nicht solche Personen, die nur ein tatsächliches wirtschaftliches Interesse an der Tatsache der Entscheidung des Rechtsstreits haben, sondern nur solche Personen, deren Rechts- oder Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhang mit dem Streitverhältnis steht und durch den Ausgang des Rechtsstreits beeinflußt wird. **b)** HansGZ. **06** Beibl. 196 (Hamburg). Der Zedent der Klageforderung ist als solcher am Ausgang des Rechtsstreits nicht unmittelbar interessiert. **c)** **RG.** BayRpflZ. **06** 442. Die Übertragung einer Forderung zum Zwecke ihrer Einklagung ist nicht wirkungslos. Der Zedent kann als Zeuge vernommen werden, ist aber, wenn er nur das im Prozeß Gewonnene als Gegenwert für die Zession erhält, unmittelbar am Ausgang des Rechtsstreits beteiligt. **d)** Über den Zedenten — Zeugen s. auch BGB. § 398 Ziff. 4 c.

4. WürttJ. **18** 328 (Stuttgart). Wenn der Fall der Ziff. 4 mit dem Falle des § 385 Abs. 1 Ziff. 4 vbd. mit § 383 Ziff. 3 ZPO. zusammentrifft — der Zeuge ist zugleich Inkassozessionar und Sohn des Klägers — so gilt § 393 Ziff. 4, die Beeidigung steht also im Ermessen des Gerichts.

§ 395. Henschel, DJZ. **06** 79 f., führt aus, daß die Formel „ad gen.: nein" im Gerichtsprotokoll zu vermeiden sei, daß auch nur auf Grund besonderer Umstände der Zeuge nach Verwandtschaft mit den Parteien oder erfolgter Bestrafung wegen Eidesverletzung zu befragen sei. — Meyer, DJZ. **06** 585 ff., führt dies weiter aus.

§ 398. *Pogge, R. **06** 607. Der vernehmende Richter kann nur dann den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen (Abs. 3), wenn das Prozeßgericht angeordnet hat, daß die Vernehmung des Zeugen über denselben Beweisgegenstand wiederholt (Abs. 1) oder daß ein Zeuge nachträglich über eine Frage vernommen wird, deren Stellung ein beauftragter oder ersuchter Richter verweigert hat (Abs. 2). Dies ergibt nicht nur die Entstehung des Gesetzes (**RG. 48** 386, JW. **01** 327), sondern auch dessen Wortlaut. Den Beweisgegenstand bildet der Inhalt der Behauptungen, worüber sich der Zeuge nach dem Beweisbeschluß vollständig zu äußern hat (§ 396). AM. Marcus, DJZ. **04** 936, gegen die herrschende Ansicht. Übrigens wird eine Unterlassung der Beeidigung regelmäßig nicht gerügt zu werden brauchen, da der Zeuge nach nochmaliger Eidesleistung nicht anders aussagen wird, als er nach Berufung auf den früher geleisteten Eid ausgesagt hat.

§ 401. *Kobel, KGBl. **06** 25 ff., tritt für eine Änderung dieser Vorschrift (Beschränkung der Entschädigung auf die Erwerbsversäumnis und Erstattung

aller dem Zeugen und seinen Hausgenossen verursachten Kosten), ferner der Gebührenordnung sowie für die allgemeine Erhöhung der Gebührensätze ein.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§§ 402 ff. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Bei den Gutachten von Fachbehörden, z. B. der Anwaltskammer (vgl. RAGebO. §§ 88, 93), der literarischen Sachverständigenkammern, der Medizinalkollegien und der Wissenschaftlichen Deputation f. d. Medizinalwesen, der Handelskammern, Landwirtschaftskammern, Ärztekammern, Apothekerkammern, Handwerkerkammern usw. gehen Urkunden- und Sachverständigenbeweis bereits ineinander über. Solche Gutachten, über die besondere Vorschriften in der ZPO. nicht enthalten sind (im Gegensatze zur StPO., vgl. dort § 83 Abs. 3, §§ 92, 255), werden aber wie Auskünfte der Behörde zu behandeln sein. Eidliche Bestärkung des Gutachtens findet nicht statt und ein Ablehnungsrecht steht den Parteien nicht zu (412 f.).

2. **RG.** R. **06** 941 Ziff. 2268. Es ist nicht unzulässig, wenn ein Sachverständiger zur Gewinnung des Materials für seine Begutachtung durch Nachfragen bei dritten, mit den Verhältnissen vertrauten Personen Erkundigungen einzieht und diese bei der Begutachtung benutzt. Vielfach werden solche Ermittelungen nicht zu umgehen sein. Es ist Sache der freien Beweiswürdigung des Richters, zu erwägen, ob dem Gutachten Bedenken entgegenstehen, weil formlose Angaben dritter Personen dabei benutzt worden sind.

§ 404. 1. **RG.** JW. **06** 395 Ziff. 22. Es hätten, um zu einer sicheren Beurteilung zu gelangen, auch außerhalb jenes Kreises (der Architekten) stehende Personen gehört werden müssen, namentlich solche, die öfters den Architekten Aufträge zu den bezüglichen Arbeiten erteilen.

2. HansGZ. **06** Beibl. 69 (Hamburg). Es ist gesetzwidrig und ein wesentlicher Mangel im Sinne des § 539 ZPO., ein von einer Partei zugestelltes Privatgutachten dem Urteil zugrunde zu legen, wenn die Gegenpartei damit nicht einverstanden ist, mag auch der Sachverständige die Gegenpartei zur Besichtigung der streitigen Gegenstände eingeladen haben.

§ 405. Levis, Internationales Entmündigungsrecht 288 f. Auch dem ausländischen ersuchten Richter kann die Auswahl des Sachverständigen überlassen werden.

§ 406. 1. **a)** R. **06** 692 Ziff. 1681 (Cassel). Ein Sachverständiger kann von der Partei mit der Begründung abgelehnt werden, daß er ihr Konkurrent und ihr feindlich gesinnt sei. **b)** **RG.** R. **06** 122 Ziff. 203. Der Umstand, daß ein Sachverständiger vor der Abgabe des Gutachtens mit der einen Partei verkehrt hat, genügt nicht, ihn als unzuverlässig erscheinen zu lassen; auch ist die einseitige Befragung der einen Partei nicht prozeßordnungswidrig. **c)** HansGZ. **06** Beibl. 83 (Hamburg). Wenn der Staat verklagt wird, kann ein als Sachverständiger benannter Beamter des Staates als befangen abgelehnt werden. **d)** **RG.** JW. **06** 88[8], EisenbE. **22** 392 (vgl. JDR. **4** § 406, 2a). Ein Sachverständiger, der im Beweissicherungsverfahren gemäß § 35 des Enteignungsgesetzes für die Stadtgemeinde ein Gutachten angefertigt hat, der auch früher schon für dieselbe Gemeinde ein Gutachten in einem Parallelfall gemacht und den Stadtbaurat auf Irrtümer in einem im vorliegenden Prozeß erstatteten Gutachten aufmerksam gemacht und ihm einen Rat behufs Kontrolle dieses Gutachtens erteilt hat, kann mit Recht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, da seine Tätigkeit die Besorgnis vom Standpunkt des Klägers aus rechtfertigt, daß er nicht völlig unbefangen sein Gutachten erstatten werde.

2. a) RG. JW. 06 572 Ziff. 44. Die Entscheidung über die Ablehnung muß durch besonderen Beschluß getroffen werden, nicht in den Gründen des Urteils. (Vgl. JDR. 4 § 406, 2b.) b) RG. R. 06 806 Ziff. 1978. Wird bei der mündlichen Verhandlung gleichzeitig über das Gesuch um Ablehnung eines Sachverständigen und zur Sache verhandelt, so kann das Gericht, wenn es zur Verkündung der Entscheidung einen Termin anberaumt, in welchem das Ablehnungsgesuch durch Beschluß zurückgewiesen wird, gleichzeitig die Verkündung der Entscheidung in der Sache bis zur Rechtskraft des auf die Ablehnung ergangenen Beschlusses aussetzen, und sodann ohne weitere mündliche Verhandlung in dem demnächst anberaumten Termine die Entscheidung in der Sache selbst verkünden.

§ 407. R. 06 692 Ziff. 1682 (Jena). Ein Sachverständiger kann nicht die Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 407 von der Zusicherung bestimmter, das gesetzliche Maß übersteigender Entschädigungssätze abhängig machen. Ein Überschreiten der Sätze der ZGebO. würde nur nachgelassen sein, wenn die Parteien bereit sein würden, diesen Aufwand zu tragen.

§ 413. *Kobel, KGBl. 06 25 ff., 33 ff., Die Erhöhung der Gebühren für Zeugen und Sachverständige (grundsätzliche Gewährung dreier Gebühren: a) für Zeitversäumnis, b) für Mühewaltung, c) der dem Sachverständigen verursachten Kosten); ferner o. zu § 401.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 416. 1. RG. R. 06 58 Ziff. 77. Es besteht allerdings für Vertragsurkunden und unter Umständen auch für Briefe, die einen Vertragsschluß zu bestätigen bestimmt sind, die Vermutung für richtige und erschöpfende Wiedergabe des vollständigen Vertragswillens; aber der Gegenbeweis gegen diese Vermutung ist zulässig.

2. OLG. 13 162 (Bamberg). Ein Gegenbeweis gegen die materielle Beweiskraft der Urkunde ist nicht ausgeschlossen; insbesondere ist ein solcher über die Behauptungen, daß der formell erwiesenen Erklärung wegen vorhandener Willensmängel, wie Irrtum oder arglistiger Täuschung, keine zivilrechtliche Wirkung zukomme, zulässig.

§ 418. ElsLothNotZ. 06 284 (Colmar). Mangelhafte Erfüllung der Vorschriften des § 176 Abs. 3 FGG. (Legitimation des Erschienenen) beeinträchtigt weder die Rechtswirksamkeit der Beurkundung, noch die Beweiskraft der Urkunde.

§ 424. RG. BadRpr. 06 73. Es müssen die einzelnen Urkunden bezeichnet werden, deren Beibringung verlangt wird. Das Verlangen, die „gesamte" Korrespondenz mit X. vorzulegen, ist nicht ausreichend.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vorbemerkung: Wiederum hat die Frage der Eideszuschiebung an die uneheliche Mutter über anderweiten Geschlechtsverkehr mehrfache Meinungsäußerungen hervorgerufen. Wichtig ist ferner RG. JW. 06 115 über die Rechtswirkung des Einverständnisses der Parteien betr. die Erheblichkeit des Eides.

§ 445. 1. a) RG. JW. 06 475 Ziff. 36. Der Eid über die Kenntnis einer Tatsache kann nur dann zugeschoben werden, wenn die Tatsache anderweit feststeht. b) RG. BayRpflZ. 06 361. Keine Eideszuschiebung über Wissen von einer Tatsache, ohne daß diese selbst feststeht.

2. RG. 62 415, JW. 06 232 Ziff. 16. Eine Entschließung, die die Partei eventuell gefaßt haben würde, ist keine Tatsache, welche in einer (wirklichen) Handlung derselben besteht oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen ist. Der Eid kann nur über die Indizien für die hypothetischen inneren Tatsachen zugeschoben werden.

3. **RG.** JW. **06** 717 Ziff. 16. Eine Eideszuschiebung kann nicht deswegen für unerheblich erachtet werden, weil dem Schwurpflichtigen die Eidesleistung nicht zuzumuten sei, da er zur Erlangung seiner Überzeugung keine anderen Grundlagen habe, als diejenigen, die bereits dem Gericht vorlägen, oder deshalb, weil aus diesem Grunde der Eid nicht geeignet sei, dem Gericht eine bessere Erkenntnis der Wahrheit zu liefern.

4. OLG. **13** 163 (Cassel). Für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung über Wahrnehmungen des Rechtsvorgängers wird vorausgesetzt, daß gerade wegen der Rechtsnachfolge die streitige Tatsache für den Prozeß erheblich ist. Würde die betr. Behauptung für den Prozeß ebenso erheblich sein, wenn die Rechtsnachfolge nicht vorläge, so ist die Eideszuschiebung unzulässig.

§ 446. **RG.** JW. **06** 142 Ziff. 17. Die gesetzliche Beweisregel des § 416 ZPO. schließt eine Gegenbeweisführung gegen die Richtigkeit und Wirksamkeit des Inhalts der Erklärung durch Eideszuschiebung nicht aus.

§ 451. 1. **RG.** JW. **06** 717 Ziff. 16, R. **06** 1321 Ziff. 3217. Einer ausnahmslosen Zurückweisung jeder der erforderlichen Bestimmtheit ermangelnden Eideszuschiebung steht die Vorschrift des § 139 ZPO. entgegen. Von diesem Fragerecht ist jedenfalls dann Gebrauch zu machen, wenn nach den Umständen, jedenfalls nach der Fassung der zugeschobenen Eide anzunehmen ist, daß die beweispflichtige Partei in der Lage ist, die Eide bestimmter zu fassen.

2. R. **06** 1380 Ziff. 3327 (Hamm). Auch wenn über das Thema eines Beweisbeschlusses, demzufolge bereits ein Zeugenbeweis erhoben ist, der Eid zugeschoben wird, ist zu prüfen, ob die Tatsachen durch konkretisierende Merkmale so bestimmt bezeichnet sind, daß dem Gegner die eidliche Erklärung zugemutet werden kann.

3. **RG.** JW. **06** 475 Ziff. 37. Unzulässig ist die Eideszuschiebung, wenn es sich um leere Vermutungen handelt und der Eid nur als Mittel zur Auskundschaftung der Gegenpartei und Herbeischaffung von Belastungsstoff gebraucht wird. Der Inhalt der vorliegenden Postkarte ist aber so belastend, daß keine leere Vermutung vorliegt. Die Eideszuschiebung über den Ehebruch mit der Schreiberin der Karte ist daher zulässig, wenn der Name der Schreiberin auch nicht angegeben werden kann. Dasselbe gilt für die Eideszuschiebung über den Ehebruch mit dem, wenn auch nicht mit Namen benannten, so doch hinlänglich bezeichneten Dienstmädchen.

4. **a**) Meyerowitz, JW. **06** 38 f. Die Eideszuschiebung über die allgemeine Behauptung eines außerehelichen Geschlechtsverkehrs genügt allen Erfordernissen, welche die ZPO. in §§ 445 ff. verlangt und muß schlechthin für zulässig erachtet werden. Bestimmt zu bezeichnen ist diejenige Tatsache, an welche das materielle Recht die Rechtsfolge knüpft, d. h. die Beischlafsvollziehung mit einem Manne in der Empfängniszeit. Namen, Alter und persönliche Eigenschaften des betreffenden Mannes sind ohne Bedeutung und bedarf es daher keiner näheren Angaben nach dieser Richtung. Entscheidend ist lediglich der Geschlechtsverkehr und der nur etwa ein Jahr hindurch zurückliegende ungefähr 3 Monate umfassende Zeitraum. **b**) Lubowski, R. **06** 608, verlangt in der Regel, daß die Eideszuschiebung an die uneheliche Mutter über den Geschlechtsverkehr mit anderen Männern durch Bezeichnung des Namens oder des konkreten Vorgangs substantiiert wird. In Ausnahmefällen, z. B. wenn die uneheliche Mutter während der Empfängniszeit Prostituierte war, soll die Eideszuschiebung darüber, daß ihr irgendein anderer beigewohnt habe, genügen. Der Richter hat die Frage, ob eine zu beeidigende Tatsache genügend bestimmt sei, von Fall zu Fall nach billigem Ermessen zu entscheiden. **c**) Streicher, R. **06** 797, hält die Eideszuschiebung in der allgemeinen Fassung stets für unzulässig,

weil nicht jede Beiwohnung während der Empfängniszeit zur Schwangerschaft führe, z. B. nicht die Beiwohnungen nach eingetretener Schwangerschaft. Dagegen hält er den Eid für zulässig und erheblich, daß die Kindesmutter zurzeit der ersten Beischlafsvollziehung mit dem Beklagten bereits mit dem klagenden Kinde schwanger gewesen sei. — Hiergegen **d)** Kiefe, R. **06** 921 f., der ausführt, die Kindesmutter müsse ihrerseits den Beweis erbringen, daß das Kind aus ihrem weiteren Geschlechtsverkehr offenbar unmöglich herstammen könne. Dagegen enthalte der Eid, daß die Kindesmutter zurzeit der Beischlafsvollziehung mit dem Beklagten schon schwanger gewesen sei, ein Urteil und sei daher unzulässig.

§ 460. BadRpr. **06** 305 (Karlsruhe). Neue sachliche Einreden gegen den durch das bedingte Endurteil festgestellten Anspruch können im Läuterungsverfahren nicht berücksichtigt werden, auch wenn sie erst nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Urteils entstanden sind, so auch die Einrede der Aufrechnung. Vielmehr ist der Weg des § 767 ZPO. zu beschreiten.

§ 461. 1. **RG.** JW. **06** 115[17]. Das Einverständnis der Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides hat keine weitergehende prozessuale Wirkung als die, daß sich der Erlaß eines bedingten Endurteils erübrigt und der Eid durch Beschluß auferlegt werden kann. Im übrigen beschränkt sich die Wirkung der Eidesleistung darauf, daß durch sie voller Beweis der beschworenen Tatsache begründet wird. Keineswegs dagegen werden dadurch zugleich diejenigen weiteren Tatsachen festgestellt, von denen die Parteien bei Erklärung ihres Einverständnisses annehmen, daß ihr Beweis von der beschworenen Tatsache abhänge.

2. **a)** Marcus, R. **06** 236 f. Die Geltendmachung der rechtzeitigen Mängelanzeige nach § 377 HGB. ist ein selbständiges Verteidigungsmittel im Sinne des § 461 Abs. 2 ZPO. **b)** Schönfeld, R. **06** 431 f. Die Behauptung der rechtzeitigen Mängelanzeige bildet ein selbständiges Verteidigungsmittel allein nach § 478 BGB., während die Anzeige des § 377 HGB. ausschließlich zum Angriff Verwendung findet, und zwar ebenso dann, wenn der Verkäufer das Kaufgeld einklagt, als dann, wenn der Käufer Ansprüche aus der Gewährleistung verfolgt. **c)** Weigelin, R. **06** 432. Selbständige Verteidigungsmittel sind nur die Einreden und Einwendungen, d. h. rechtshemmende, rechtsaufhebende und rechtshindernde Tatsachen. Da § 377 HGB. dem Unterlassen der Anzeige die Wirkung beilegt, daß die Ware als genehmigt gilt, so gehen die bereits erworbenen Rechte des Käufers in diesem Falle wieder unter. Wenn also der Verkäufer gegenüber dem Wandelungsanspruche des Käufers die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige oder diese selbst bestreitet, so macht er eine rechtsaufhebende Tatsache geltend und sein Vorbringen stellt sich gegenüber dem Wandelungsbegehren als eine echte Einwendung bzw. Replik dar.

§ 462. 1. KGBl. **06** 17 (KG.). Wenn die Kostenentscheidung mit Rücksicht auf die vielen möglichen Fälle umständlich ist, so ist es zulässig, die Verhandlung und Entscheidung des Kostenpunkts für diese Fälle dem Läuterungsurteil vorzubehalten. Das ergehende Urteil braucht deshalb kein Teilurteil zu sein.

2. *Meyer, BuschsZ. **36** 139—144. Ist von Amts wegen Nachricht vom Termine zugestellt, bedarf es nicht noch einer Parteiladung. Wenn die nicht durch einen Anwalt vertretene Partei einen durch bedingtes Urteil auferlegten Eid geleistet hat, kann das Läuterungsurteil nicht auf den Nichtschwörungsfall ergehen. Auch ist gegen ein Läuterungsurteil kein Einspruch zulässig, und bei einer Berufung gegen das Läuterungsurteil können neue Einreden nicht berücksichtigt werden. (Gegen Auerbach, BuschsZ. **35** 223; vgl. o. zu § 214.)

3. SächsRpflA. **06** 519 (Dresden). Auch die den Eid verweigernde und infolgedessen unterliegende Partei kann den Antrag auf Erlassung des Läuterungsurteils stellen.

4. RG. GruchotsBeitr. **50** 127. Vor dem Läuterungsrichter braucht zwar nicht die ganze Sache von neuem verhandelt zu werden, aber die Verhandlung muß doch nach § 137 Abs. 2 ZPO. das Streitverhältnis, soweit es für die im Läuterungsurteil zu treffende Entscheidung in Betracht kommt, in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung erschöpfen. Dazu gehört namentlich, wenn der Gerichtshof anders besetzt ist, als derjenige, der das zu läuternde Urteil gefällt hatte, daß dem Läuterungsrichter neben den Gründen auch der Tatbestand des bedingten Urteils vorgetragen wird, weil er erst dadurch instand gesetzt wird, mit Sicherheit das Urteil zu verstehen.

5. BadRpr. **06** 351 (Karlsruhe). Im Läuterungsverfahren können neue sachliche Einreden gegen den durch das bedingte Endurteil festgestellten Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 463. OLG. **13** 163 (KG.). Ist der Parteieid geleistet, so kann aus der Tatsache, daß die Partei bei der Eidesleistung geistig nicht normal war, kein Einwand hergeleitet werden, da hier von einem „sich schuldig machen" im Sinne des § 580 Ziff. 1 ZPO. keine Rede sein kann.

§ 464. Rosenstock, R. **06** 496 ff. Die Zuschiebung des Eides wird durch § 458 ZPO. nicht berührt; solange der Eid nicht geleistet ist, kann sie widerrufen werden. Die Zurückziehung des Eides enthält die Erklärung, daß der Erklärende sich der Eideszuschiebung als Beweismittel über die behauptete Tatsache nicht weiter bedienen wolle. Die Sachlage ist dann so zu beurteilen, wie sie sich ohne die jetzt zurückgezogene Eideszuschiebung gestaltet hat. Auch noch in der Berufungsinstanz kann der Widerruf bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, selbst dann ausgeübt werden, wenn auf den Eid in erster Instanz durch das mit der Berufung angefochtene Urteil erkannt ist. Der Widerruf ist nicht abhängig von der gleichzeitigen Geltendmachung anderer Beweismittel. — Der Widerruf der Eideszuschiebung ist eine Prozeßerklärung und muß ebenso wie die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides dem Gegner gegenüber in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Ist auf den zugeschobenen Eid erkannt worden, so muß nach Einlegung der Berufung seitens des Deferenten die Eideszuschiebung in der mündlichen Verhandlung zurückgezogen werden. Da auf die Leistung des zugeschobenen, demnächst aber zurückgezogenen Eides das Berufungsgericht nicht mehr erkennen darf, ist in diesem Falle die in dem ersten Urteil enthaltene Eidesauflage zu beseitigen. — Wenn die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet ist, muß eine Änderung dieses Beschlusses beantragt werden, um die Eidesleistung zu verhindern. Daher muß der Deferent, wenn der Eid vom ersuchten Richter abgenommen werden soll, den Gegner vorher vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung laden.

§ 467. Leyser, R. **06** 997, erörtert einen Fall, in welchem das Gericht ein Läuterungsurteil auf Eidesverweigerung erlassen hat, obgleich der Vorsitzende auf Antrag des Vertreters des Schwurpflichtigen, allerdings ohne ausdrückliche Aufhebung des zur Eidesleistung bestimmten Verkündungstermins, einen neuen Termin anberaumt, und obgleich der Schwurpflichtige innerhalb der Notfrist den Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme gestellt, der Gegner aber im letzten Termine nicht erneut beantragt hatte, den Eid für verweigert zu erklären. — Leyser hält ein praktisches Bedürfnis für vorliegend, die Nichtigkeitsklage auf solche und andere Fälle auszudehnen, in denen aus prozessualen Gründen ein Urteilsspruch überhaupt unzulässig war.

§ 469. 1. OLG. **13** 164, BadRpr. **06** 49 (Karlsruhe). Die Anwendung des § 469 setzt eine Änderung erheblicher Umstände voraus, durch welche der Gegner in eine günstigere Lage versetzt wird. Aus dem Kreise der zu be-

schwörenden Tatsachen müssen bestimmte Tatsachen ausgeschieden, der Eid also auf einen kleineren Kreis von Tatsachen beschränkt werden. Dagegen ist es nicht angängig, andere, dem bisherigen Prozeßstoffe nicht angehörige Tatsachen an die Stelle der in die Eidesnorm aufgenommenen zu setzen oder einen Wahrheitseid durch einen Überzeugungseid zu ersetzen. Ebenso OLG. **13** 165 (Dresden).

2. **RG.** SächsRpflA. **06** 244. Wenn in der Eidesnorm von 2000 M. Gewinn die Rede ist, obgleich der schwurpflichtige Beklagte niemals von Gewinn, sondern nur von Anteil am Erlös gesprochen hatte, so darf er doch nicht schlechter stehen, als wenn er wirklich jene weitergehende Behauptung aufgestellt hätte, und konnte sich daher zur Leistung eines „beschränkteren" Eides erbieten. Die Setzung eines Überzeugungseids über die Handlung eines Rechtsvorgängers an die Stelle eines Wahrheitseids über die eigene Handlung fällt dagegen weder unter Satz 1, noch Satz 2 des § 469 ZPO.

§ 471. 1. OLG. **13** 167 (Naumburg). Wenn bei Erlaß des bedingten Urteils dem Eideszuschiebenden und dem Gerichte nicht bekannt war, daß derjenige, dem der Eid zugeschoben worden war, als nicht vertretungsberechtigter Gesellschafter nicht schwurberechtigt war, so kann die beweisführende Partei den Beweissatz anderweit dartun, aber auch nur den Beweissatz.

2. R. **06** 1322 Ziff. 3218 (Breslau). Die Fähigkeit des Schwurpflichtigen zur Eidesleistung muß im Augenblicke der Ableistung vom Gericht geprüft werden. Das Prozeßgericht ist bei der Beurteilung der Fähigkeit nicht an die Anträge des Gegners gebunden und nicht trotz Überzeugung von der Fähigkeit gezwungen, Sachverständige über das behauptete Gegenteil zu hören.

3. OLG. **13** 165 (Bamberg). § 471 gestattet den Streitteilen vor dem Gerichte, welches das bedingte Endurteil erlassen hatte, mag dieses rechtskräftig geworden sein oder nicht, nur die Geltendmachung anderweiter Beweismittel, Gegenbeweismittel und Beweiseinreden an Stelle des Eides zum Beweise der Wahrheit oder Unwahrheit der den Gegenstand des Eides bildenden Tatsache. Jede Partei darf aber auch statt dessen gegen das bedingte Endurteil, wenn dieses noch nicht rechtskräftig ist, Berufung einlegen. In der Berufungsinstanz hat der § 471 aber auch keine dem Prozeßstoffe gegenüber unbeschränkte Bedeutung.

§ 475. 1. **RG.** JW. **06** 115 Ziff. 18, ElsLothJZ. **06** 326. Sowohl der Wortlaut des § 475, als auch das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung führen dahin, dem Prozeßgerichte die Befugnis zuzusprechen, vorgeschlagene Beweismittel unbenutzt zu lassen und ohne weiteres auf einen richterlichen Eid zu erkennen; jedenfalls ist dies dann zulässig, wenn das Gericht unter Würdigung aller Umstände zu der Überzeugung gelangt, daß die Erhebung des Zeugenbeweises zu einem zweifelsfreien Ergebnisse nicht führen könne, so daß es immer noch des richterlichen Eides bedürfen würde.

2. **RG.** JW. **06** 232 Ziff. 17. Wenn das Gericht den für erwiesen erachteten Sachverhalt in Verbindung mit dem sonstigen Beweisergebnisse nicht für ausreichend zur Feststellung einer Tatsache hielt, so mußte erwogen werden, ob nach Lage der Sache der einen oder der anderen Partei ein richterlicher Eid über die vom Kläger bestimmt behauptete, vom Beklagten bestrittene Tatsache aufzuerlegen sei.

3. **RG.** R. **06** 58 Ziff. 78. Die Frage, ob das Beweisergebnis, weil nicht genügend, die Auferlegung eines richterlichen Eides angezeigt erscheinen lasse, steht im wesentlichen im Ermessen des Instanzgerichts, ist daher in der Regel der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. OLG. **13** 168 (Hamburg). Das in §§ 485 ff. ZPO. angeordnete Verfahren ist auch nach Klagerhebung in jeder Lage des Rechtsstreits zulässig,

auch wenn bereits die Benutzung des Beweismittels, das verloren zu gehen droht, beschlossen ist.

§ 490. OLG. **13** 169 (Dresden). Das Gericht muß den vom Antragsteller benannten und darf von Amts wegen keinen weiteren Sachverständigen vernehmen. Bei einer Abweichung hiervon ist die Beschwerde zulässig und begründet; denn § 490 Abs. 2 Satz 2 entzieht den Beschluß der Beschwerde nur insoweit, als er von dem Antrage nicht abweicht.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 506. **a)** RheinA. **103** II 84 (Cöln). Die Unzuständigkeitseinrede in einem nach § 506 vom Amtsgericht an das Landgericht verwiesenen Rechtsstreit ist zwar vom Landgerichte nachzuprüfen, aber nur mit der im Abs. 2 gesetzten Einschränkung. **b)** OLG. **13** 170 (Hamburg). Das Landgericht ist an den Verweisungsbeschluß des Amtsgerichts gebunden und muß auch in einem zu Unrecht verwiesenen Prozesse verhandeln.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vorbemerkung: Literatur ist, abgesehen von kleineren Aufsätzen, nicht zu verzeichnen. Wichtig ist die weitherzige Entscheidung **RG. 61** 254 über die Form und Zulässigkeit der Anschlußberufung, sowie **RG.** JW. **06** 572 über die Aufrechnung gegenüber einem in der Berufungsinstanz erweiterten Anspruche.

§ 511. Biermann, BuschsZ. **35** 201 ff., hält ein Urteil, das wegen Versterbens des Einzelrichters nach der Verkündung, aber vor der Abfassung des Urteils nicht in der gesetzmäßigen Weise zugestellt werden kann, für unanfechtbar, also mit der Verkündung rechtskräftig. Vgl. o. zu § 317 ZPO.

§ 515. 1. (Vgl. JDR. **4** § 516 a.) DJZ. **06** 1100 (Darmstadt). Wird die eine von zwei rechtswirksamen, für dieselbe Partei eingelegten Berufungen zurückgenommen, so ist auch die Verfolgung der anderen Berufung ausgeschlossen. Der Anwalt erster Instanz ist nach § 81 ZPO. zur Zurücknahme ermächtigt, auch ohne Zustimmung des Anwalts zweiter Instanz.

2. PosMschr. **06** 101 (Posen). Eine vom Rechtsmittelkläger eingewendete Abrede wegen der Kosten ist vermöge der dispositiven Natur der Vorschrift zu berücksichtigen.

§ 516. 1. Biermann, Zwangsvollstreckung aus einem verkündeten Endurteil, dessen vollständige Abfassung unmöglich wird, BuschsZ. **35** 201 ff., vgl. o. zu § 317 ZPO. und zu § 511 ZPO.

2. OLG. **13** 171, ElsLothJZ. **06** 236 (Colmar). Der Schlußsatz ist auf die von Amts wegen zuzustellenden Urteile nicht anwendbar.

§ 518. 1. Boltze, KGBl. **06** 72 f. Der Instanzenweg geht nicht vom Amtsgericht an dasjenige Landgericht, in dessen Bezirke der Wohnsitz des Beklagten liegt, sondern an das Landgericht, welches dem erstinstanzlichen Amtsgericht übergeordnet ist. Durch die Neuorganisation der Berliner Gerichte wird die Zuständigkeit der Berufungsgerichte bezüglich der vor dem 1. 6. 06 ergangenen amtsgerichtlichen Urteile nicht berührt.

2. HessRspr. **7** 70 (Darmstadt). Zulässigkeit der Berufung bei Unterzeichnung der Berufungsschrift durch einen mündlich substituierten, beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt.

3. OLG. **13** 136 (Darmstadt). Die Richtigkeit der Terminsbezeichnung in der Ladung ist nicht als wesentliches Erfordernis der Einlegung der Berufung anzusehen. Der Mangel wird auch gemäß § 295 ZPO. geheilt.

§ 521. 1. **RG. 61** 254 (vgl. JDR. 4 § 521). Aus der Fassung des § 521 Abs. 1 ZPO. ergibt sich, daß die Berufungsanschließung formlos erfolgen kann. Sie ist daher in der Verlesung eines auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils gerichteten, wenn auch nur eventuellen Antrags des Berufungsbeklagten in der mündlichen Verhandlung im Beisein des Vertreters des Berufungsklägers zu finden, auch wenn die Anschließung nicht ausdrücklich erklärt ist. Denn ohne diese Unterstellung würde die Stellung des Abänderungsantrags jedes Zweckes und Sinnes entbehren.

2. **RG. 61** 254. Der Kläger kann sich, obwohl er durch das erstinstanzliche Urteil nicht beschwert war, der Berufung anschließen, um seinen erstinstanzlichen Antrag in der durch §§ 529 Abs. 2, 268 Ziff. 2, 3 ZPO. gestatteten Weise zu erweitern.

3. OLG. **13** 172 (Hamburg). Die Anschlußberufung setzt voraus, daß der Prozeßgegner wirksam Berufung eingelegt hat, bei gewöhnlichen Streitgenossen also derjenige von ihnen, gegen den sich die Anschlußberufung richtet.

4. OLG. **13** 172 (Karlsruhe). Der Berufungskläger kann das Recht der Anschließung nicht durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Teil des Streitgegenstandes beeinträchtigen.

§ 528. R. **06** 1268 Ziff. 3115 (Frankfurt a. M.). Auch wenn der Beklagte in erster und zweiter Instanz mündlich verhandelt hat, ohne die Einrede der Unzuständigkeit aus § 5 KfmGG. geltend zu machen, ist in zweiter Instanz die Frage der Zuständigkeit des Gerichts von Amts wegen zu prüfen.

§ 529. 1. R. **06** 1084 Ziff. 2525 (Colmar). Keine unzulässige Klagänderung, wenn Kläger von dem Klagantrag auf Verurteilung zur Zahlung eines der Höhe nach noch zu bestimmenden Schadensersatzes in der Berufungsinstanz zu dem Antrag auf Verurteilung zu einer ziffermäßig bestimmten Schadenssumme übergeht.

2. ElſLothJZ. **06** 421 (Colmar). Der in der Berufungsinstanz geltend gemachte Anspruch auf Beseitigung von Mängeln ist kein neuer Anspruch im Sinne des Abs. 2, wenn bereits in I. Instanz die Ermächtigung nachgesucht worden ist, die zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Bauunternehmers vornehmen zu lassen. Jedenfalls fällt dieser Anspruch unter § 268 Ziff. 2 ZPO.

3. **RG.** JW. **06** 471 Ziff. 30. Einreden sind keine Ansprüche im Sinne des Abs. 2. Demnach ist auch der Minderungseinwand trotz der Fassung der §§ 477, 638 BGB. kein Anspruch im Sinne des § 529 ZPO., sondern ein Verteidigungsmittel im Sinne des Abs. 1.

4. **a) RG.** JW. **06** 572 Ziff. 45. Gegenüber einem in der Berufungsinstanz erweiterten Anspruch kann eine Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt werden, weil der Beklagte naturgemäß in I. Instanz nicht in der Lage war, dem damals nicht erhobenen erweiterten Anspruch gegenüber Gegenforderungen geltend zu machen. **b)** R. **06** 942 Ziff. 2274 (Kiel). Der Zweck der Vorschrift des § 529 Abs. 3 ist der, eine Verzögerung der Entscheidung über einen sonst liquiden Anspruch durch Vorschützen neuer Aufrechnungseinreden zu verhüten, greift daher nicht Platz, wenn der aufrechnend geltend gemachte Anspruch sich ohne weiteres als unbegründet darstellt. Einer Zurückweisung des Gegenanspruchs unter Vorbehalt gemäß § 540 ZPO. bedarf es in diesem Falle nicht.

§ 531. OLG. **13** 173 (Cassel). Das Nachholen der in erster Instanz verweigerten Erklärung ist in der Berufungsinstanz auch dann zulässig, wenn die Annahme des Eides infolge unzulässiger Zurückschiebung als verweigert gilt.

§ 533. 1. Meyer, R. **06** 407 ff. Das Ergebnis eines Zeugenbeweises kommt für die Instanz nicht in Betracht, wenn über die zu beweisende Tatsache

ein durch Beweisbeschluß normierter Eid geleistet ist. — In der Berufungsinstanz wird darauf zu halten sein, daß die Zeugenaussage erster Instanz vorgetragen wird; denn das Berufungsgericht hat zu prüfen, ob nicht etwa auf Grund des Ergebnisses des Zeugenbeweises die behaupteten Tatsachen als erwiesen anzunehmen sind. Nur wenn die Eidesnormierung bei jetziger Sachlage sich rechtfertigt, gilt auch für die Berufungsinstanz die Beweisregel, daß es wahr ist, was die Partei geschworen hat.

2. R. **06** 58 Ziff. 79 (Celle). Ist in erster Instanz ein Eid mit Unrecht durch Beweisbeschluß, anstatt durch Urteil, angeordnet und geleistet, die Anordnung durch Beschluß aber von keiner Partei gerügt, so kann der Beweis, daß die beschworene Tatsache nicht wahr sei, in der Berufungsinstanz nur unter der Voraussetzung geführt werden, unter der ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

§ 535. 1. R. **06** 1084 Ziff. 2526 (Rostock). Die Berufung der in erster Instanz völlig siegreichen Partei ist auch im Ehescheidungsprozeß grundsätzlich unzulässig.

2. LG. Gießen, HessRspr. **7** 65. Auch wenn der Berufungsbeklagte den Erlaß des Versäumnisurteils beantragt, muß er nachweisen, daß das Urteil erster Instanz vor der Einlegung der Berufung oder gleichzeitig zugestellt ist.

§ 538. 1. **RG. 61** 409. Die Worte „insofern eine weitere Verhandlung erforderlich ist" bedeuten nicht die t a t s ä c h l i c h e Notwendigkeit weiterer Verhandlung, sollen vielmehr nur aussprechen: insofern nicht schon die zweitinstanzliche Entscheidung über die in Ziff. 1—5 bezeichneten Streitpunkte die Sache erledigt bei Beschränkung auf den in I. Instanz abgeurteilten Prozeßstoff.

2. **a**) RheinA. **103** I 122 (Cöln). Eine Zurückweisung der Sache nach Ziff. 2 findet nicht statt, wenn die Klage wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung der Klägerin von Amts wegen abgewiesen ist, das Berufungsgericht die Vertretung aber als gegeben erachtet. Das Berufungsgericht kann jedoch über diesen Streitpunkt Zwischenurteil nach § 303 ZPO. erlassen. **b**) **RG.** PucheltsZ. **06** 139. Im Falle der Ziff. 2 sind die Kosten dem Endurteil vorzubehalten.

3. **a**) R. **06** 1268 Ziff. 3117 (Breslau). Die Zurückverweisung hängt in erster Reihe von der Erforderlichkeit einer weiteren Verhandlung nach der Entscheidung durch das Berufungsgericht ab, sie ist aber auch bei der Abweisung der Klage über einen nach Grund und Betrag vor dem Beschreiten der Berufung streitigen Anspruch durch die Verneinung des für den Anspruch angeführten Grundes in der ersten Instanz bedingt. **b**) **RG.** R. **06** 625 Ziff. 1524. Wenn das Gericht erster Instanz die Klage abgewiesen hat, so ist, falls das Berufungsgericht sie für begründet erachtet, eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz nur dann geboten, wenn der durch die Klage geltend gemachte Anspruch bereits in erster Instanz nicht nur dem Grunde, sondern auch dem Betrage nach streitig gewesen ist. **c**) **RG.** R. **06** 692 Ziff. 1683. Hat das Berufungsgericht bei der Zurückweisung der Berufung gegen ein den Grund des Anspruchs feststellendes Urteil es unterlassen, die Sache zur weiteren Verhandlung an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, so kann der Mangel im Revisionsurteil ergänzt werden. **d**) **RG. 61** 254. Wird vom Berufungsgericht ein über den Grund vorabentscheidendes Urteil aufgehoben, weil der Anspruch dem Grunde nach ungerechtfertigt ist, so wird die ganze Streitfrage durch das Berufungsurteil erledigt, da die Ermittelung des beanspruchten Schadensersatzes nicht mehr in Frage kommen kann. Also keine Zurückverweisung.

§ 539. 1. BayObLG. **6** 629, DIZ. **06** 375. Ein Urteil des Berufungsgerichts, das die angefochtene Entscheidung aufhebt und die Sache zur anderweiten Verhandlung an die erste Instanz zurückverweist, ist prozeßrechtlich als Endurteil zu erachten und kann daher mit Revision angefochten werden.

2. **RG. 61** 409. Daraus, daß das Berufungsgericht von der Befugnis der Zurückverweisung keinen Gebrauch gemacht hat, kann ein Revisionsangriff nicht entnommen werden.

3. R. **06** 507 Ziff. 1190 (Cassel). Hat das Gericht erster Instanz die Klage auf Grund des vom Beklagten geltend gemachten Einwandes mangelhafter Klagezustellung unter Beschränkung der Verhandlung auf diesen Einwand abgewiesen, während das Berufungsgericht den Einwand für unbegründet hält, so ist die Zurückverweisung auf Grund des § 539 gerechtfertigt.

4. R. **06** 692 Ziff. 1684 (Jena). Ein wesentlicher Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens liegt nicht vor, wenn der Beklagte gegenüber der Klageforderung neben anderen Ansprüchen eine diese übersteigende Gegenforderung aufrechnungsweise bzw. widerklagend geltend gemacht und das Landgericht nicht durch Zwischenurteil die beklagtische Gegenforderung überhaupt für unbegründet erklärt, im übrigen aber weiterverhandelt, sondern durch Teilurteil lediglich die Widerklage zurückgewiesen hat, ohne die geltend gemachte Aufrechnung zur Entscheidung zu bringen.

§ 541. Görres, Haftung für den Ersatz von Kosten und Schäden nach deutschem Prozeßrecht, BuschsZ. **35** 381 (vgl. zu § 91), schließt die Einrede des konkurrierenden Verschuldens aus.

§ 542. R. **06** 188 Ziff. 343 (Hamm). In dem Versäumnisverfahren gegen den Berufungsbeklagten kann eine wiederholte Vernehmung der in der ersten Instanz vernommenen Zeugen angeordnet werden.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Zahlreich sind die Entscheidungen über den Wert des Beschwerdegegenstandes. Im übrigen sind viele Einzelfragen geklärt worden.

§ 546. 1. **RG. 61** 89. Entscheidend für die Frage, ob eine Rechtsstreitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch vorliegt, ist die Natur desjenigen Rechtes, für das die Klagepartei richterlichen Schutz verlangt. Ist dieses ein Vermögensrecht, so ist es einflußlos, welche Zwecke der Beklagte bei den Handlungen, in denen der Eingriff in das Vermögensrecht gefunden wird, verfolgt und ob diese Handlungen ideelle Interessen wahren sollten.

2. **RG. 61** 21. Der Beschwerdegegenstand ist dasjenige, was die Partei mit dem Berufungsantrage begehrt, aber durch die angefochtene Entscheidung nicht erreicht hat. Geht das Begehren des Klägers lediglich auf Erhöhung des ihm in erster Instanz zugesprochenen Betrags nach richterlichem Ermessen, so würde diesem Begehren schon durch Erhöhung von z. B. 100 M. voll genügt sein. Daher bietet der Antrag keinen Anhalt für das Vorliegen der Revisionssumme.

3. **a)** R. **06** 692 Ziff. 1686 (BayObLG.). Der Wert des Beschwerdegegenstandes — und damit die Revisionssumme — kann nicht höher sein, als der des Streitgegenstandes. **b)** **RG.** R. **06** 691 Ziff. 1672. Der Wert der Revisionsbeschwerde kann den der Klage nicht übersteigen. Das Gegenteil muß Revident dartun. Daß ein Gutachten das Interesse des Beklagten am Bestehen eines Gebrauchsmusters höher — auf 2500 M. — bewertet, beweist nicht, daß das Interesse des Klägers, der in der Berufungsinstanz obgesiegt, ebenso hoch zu schätzen ist. **c)** **RG.** JW. **06** 476 Ziff. 39. Der Wert des Beschwerdegegenstandes in den höheren Instanzen kann den Wert des Streitgegenstandes nicht übersteigen. Daher ist, auch wenn die Beklagte Revision eingelegt hat, bei einer auf Anfechtung des Beschlusses einer Gewerkenversammlung gerichteten Klage die Revision nur zulässig, wenn das Interesse des Klägers, welches er an der Aufhebung des Beschlusses hat, auf mehr als die Revisionssumme zu bewerten ist. **d)** **RG.** JW. **06** 311 Ziff. 17. Der Wert des Beschwerdegegenstandes kann niemals den Wert des

Streitgegenstandes übersteigen. Die Vorschrift des § 7 ZPO. findet auch in betreff des Wertes des Beschwerdegegenstandes Anwendung, aber mit der Einschränkung, daß auch, wenn es sich um eine Grunddienstbarkeit handelt, der Revisionskläger, dessen Interesse am Bestehen oder Nichtbestehen der Grunddienstbarkeit den Betrag der Revisionssumme nicht erreicht, sich nicht auf das höhere Interesse des Revisionsbeklagten berufen kann.

4. **RG. 62** 15, JW. **06** 28 Ziff. 33. Bei Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes darf der Wert der Revisionsanträge, in bezug auf welche die Revision formell unzulässig ist, nicht mitgerechnet werden.

5. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** JW. **06** 431 Ziff. 18. Bei alternativen Verurteilungen, welche dem Verurteilten die Wahl lassen, sich durch Entrichten einer Geldsumme von der Urteilsverbindlichkeit zu befreien, ist für den Beschwerdewert der Wert der geringeren Leistung maßgebend. **b)** BayObLG. **6** 571. Die Revisionssumme bemißt sich, wenn das vom Beklagten angegriffene Urteil des Berufungsgerichts die Freiheit des klägerischen Grundstücks von der vom Beklagten beanspruchten Dienstbarkeit anerkannt hat, nach dem Interesse des Beklagten an dem Bestehen der Dienstbarkeit. **c)** BayObLG. **7** 40. Für die Berechnung der Revisionssumme ist bei einer Räumungsklage, mit der das Nichtbestehen des Mietverhältnisses geltend gemacht wird, auf das der Beklagte das Recht auf die Mieträume stützt, der Betrag des auf die streitige Zeit entfallenden Mietzinses maßgebend. **d)** **RG.** BayRpflZ. **06** 442 (vgl. JDR. **4** § 546, 2b). Für die Berechnung der Revisionssumme im Prozeß über eine einstweilige Verfügung ist nicht das Interesse maßgebend, das der Kläger mit dem Hauptprozeß verfolgt, sondern dasjenige, welches er an dem Erlaß der einstweiligen Verfügung, und zwar zur Zeit der Revisionseinlegung hat.

6. Insbesondere Kosten als Beschwerdegegenstand. **a)** **RG. 61** 194. Im Falle des § 99 Abs. 2 ZPO. ist der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht nach dem Werte der Hauptsache, sondern nach dem Betrage der Kosten des Rechtsstreits zu bemessen. **b)** BayObLG. **6** 580, DJZ. **06** 267. Für die Berechnung der Revisionssumme bildet, wenn es sich um den Anspruch auf Rückerstattung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Gezahlten handelt, der auf die Kosten treffende Betrag einen Teil des einheitlichen Erstattungsanspruchs.

§ 547. 1. **RG.** R. **06** 250 Ziff. 496. Sofern die Zulässigkeit der Berufung in Frage steht, bleibt die Revision auch bezüglich eines einzelnen Streitpunktes ohne Rücksicht auf den Wertgegenstand zulässig.

2. **RG.** R. **06** 1009 Ziff. 2402. Die Zurückweisung einer Berufung wegen mangelnder Sachlegitimation des Klägers ist nicht eine Zurückweisung wegen Unzulässigkeit der Berufung, sondern als unbegründet.

§ 549. 1. **RG.** JW. **06** 431 Ziff. 19. Die Voraussetzung der Revisibilität einer Rechtsnorm ist in erster Linie, daß dieselbe als Gesetzesrecht im Bezirk des Berufungsgerichts gilt. Inhaltliche Übereinstimmung des im Auslande geltenden mit dem im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Recht genügt nicht.

2. **RG.** DJZ. **06** 821. In einem Patentverletzungsprozeß kann noch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden, daß nach Erlaß des angefochtenen Urteils das Patent rechtskräftig vernichtet sei; denn das Patent hat die Natur eines Spezialgesetzes, dessen Vernichtung rückwirkende Kraft hat, wie bei einer authentischen Gesetzesinterpretation.

3. **a)** *Rohs, Die Revisibilität des internationalen Privatrechts, ZIPrR. **04** 59 ff. Die Revisibilität kann nicht damit begründet werden, daß durch die Verweisung des Inlandrechts auf das Auslandrecht dieses zu einem Bestandteil des Inlandrechts werde. AM. Klein, ebenda **03** 353 ff. **b)** **RG.** R. **06** 1009

Ziff. 2403. Soweit das französische Recht nicht als im Gebiet des Berufungsgerichts geltendes Recht, sondern als in Frankreich geltendes Gesetzesrecht zur Anwendung gebracht ist, bildet es niemals eine revisible Rechsnorm im Sinne des § 549.

4. Einzelne Gesetze. **a)** **RG.** JW. **06** 573 Ziff. 46. Der Begriff der „Schuldverschreibung" im Sinne der Tarifstelle 34 A des Sächsischen Gesetzes über die Urkundenbesteuerung v. 13. 11. 76 / 10. 6. 98 ist nach Inhalt und Sinn dieses Gesetzes zu bestimmen. Das genannte Gesetz ist aber keine revisible Rechtsnorm. **b)** **RG.** JW. **06** 116 Ziff. 20. Das westfälische GütergemeinschaftsG. v. 16. 4. 60 ist keine revisible Rechtsnorm. Bei der Begriffsbestimmung im § 3 dieses Gesetzes handelt es sich nicht lediglich um die Wiedergabe landrechtlicher Vorschriften. **c)** **RG.** JW. **06** 117 Ziff. 21. Das Gesetz betr. die Bestreitung der Kosten für die Bedürfnisse der Kirchengemeinden in den Landesteilen des linken Rheinufers v. 14. 3. 80 ist keine revisible Rechtsnorm. Der Begriff des privatrechtlichen Titels, der im § 1 Abs. 3 dieses Gesetzes angezogen wird, beruht aber auf dem revisibeln gemeinen französischen Rechte.

5. BayObLG. **6** 570, SeuffBl. **06** 194, DJZ. **06** 375. Auf die Verletzung von Bestimmungen der für eine Familie des deutschen hohen Adels geltenden Hausgesetze kann die Revision nicht gestützt werden. (Vgl. **RG.** **43** 412, sowie JDR. **4** § 549 e.)

§ 550. 1. BayObLG. **6** 580. Das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht in Ermessensfragen gelangt, unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts nur insoweit, als in Frage steht, ob das Berufungsgericht die ihm durch das Gesetz gestellte Aufgabe richtig aufgefaßt hat.

2. **RG.** R. **06** 1322 Ziff. 3219. Zur Aufgabe des Revisionsgerichts gehört es, die berufungsgerichtliche Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nachzuprüfen.

§ 551. Ziff. 7. **RG.** BadRpr. **06** 373. Die Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Urteils der Vorinstanz ist dann zulässig, wenn der Prozeßstoff in der Berufungsinstanz derselbe ist wie in der ersten Instanz. (Vgl. JDR. **4** § 551 b.)

§ 553. **RG.** JW. **06** 756 Ziff. 29. Mit der gegen einen von mehreren Beklagten eingelegten Revision war dem Gericht aus Versehen nur eine von einem anderen Beklagten und — nicht notwendigen — Streitgenossen zugestellte Urteilsausfertigung vorgelegt, in der Revisionsschrift auch die Zustellung als an dem Tage erfolgt bezeichnet, den die überreichte Ausfertigung aufwies, während die Zustellung im Namen des Revisionsbeklagten an einem anderen Tage erfolgt war. Die Revision wurde von Amts wegen vor Ablauf der Begründungsfrist verworfen, ebenso der unter Überreichung der richtigen Ausfertigung gestellte Antrag auf Aufhebung dieses Beschlusses und der darauf gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter erneuter Revisionseinlegung.

§ 554. 1. **RG.** **62** 15, JW. **06** 28 Ziff. 33. Von mehreren Revisionsanträgen ist jeder zu begründen, anderenfalls ist die Revision insoweit als unzulässig zu verwerfen, als die Begründung in der gesetzlichen Frist nicht erfolgt ist.

2. **a)** **RG.** JW. **06** 573 Ziff. 47. Die allgemeine Begründung der Revision „Das erste Urteil, soweit es dem Beklagten günstig, diene als Revisionsbegründung" kann als eine dem § 554 entsprechende Begründung der Revision nicht gelten. **b)** **RG.** JW. **06** 432 Ziff. 21. Nicht ausreichende Begründung ist die allgemeine Bemerkung, es sei nicht berücksichtigt, daß die Klägerin gegenüber den Vorwürfen des Beklagten „vielfach" Gegenbeweis angetreten und den Eid zugeschoben hätte.

3. R. **06** 1201 Ziff. 2887 (BayObLG.). Ist ein vor dem Landgericht geltend gemachtes Vorbringen in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht wiederholt worden, so kann die Rüge wegen Verletzung des § 139 ZPO. nur dann berücksichtigt werden, wenn die Vorschrift des § 554 ZPO. beobachtet worden ist.

4. R. **06** 249 Ziff. 489 (BayObLG.). Es genügt, daß in der Revisionsschrift diejenigen Tatsachen bezeichnet sind, die in der mündlichen Verhandlung zur Begründung der Verletzung des § 287 ZPO. behauptet wurden.

5. **RG.** JW. **06** 143 Ziff. 19. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist, auch keine gegen den die Revision als unzulässig verwerfenden Beschluß.

§ 559. 1. **RG.** JW. **06** 432 Ziff. 20, DJZ. **06** 1025. Eine prozessuale Bemängelung liegt vor, wenn der Revisionskläger geltend macht, daß nach dem Tatbestand des ersten Urteils der Kläger selbst angeführt habe, er habe für den ihm angesonnenen Vertragsschluß Schriftform verlangt, daß demnach der Kauf gemäß § 154 Abs. 2 BGB. nicht zustande gekommen sei. Hierin liegt der prozessuale Vorwurf, daß der Berufungsrichter die Parteianführungen nicht erschöpfend gewürdigt habe.

2. **RG.** DJZ. **06** 821. Unvollständigkeit des Tatbestandes gibt zwar keine unmittelbare Handhabe zur Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht, wenn sie in der Revisionsbegründung nicht gerügt ist. Sie kann jedoch zur Beanstandung des Urteils mittelbar beitragen, wenn dadurch gleichzeitig in materieller Beziehung eine nicht zu behebende Ungewißheit über die gehörige Einhaltung der bürgerlichrechtlichen Gesetzesnormen entstanden ist.

§ 562. **RG.** JW. **06** 721 Ziff. 21. Nichtbegründung oder widerspruchsvolle Begründung bei Auslegung eines irrevisibeln Gesetzes ist kein Revisionsgrund im Sinne des § 551 Ziff. 7 ZPO.

§ 565. **RG.** JW. **06** 361 Ziff. 24. Wenn das Reichsgericht wegen prozessualer Verstöße das Berufungsurteil aufhebt und in der Entscheidung es für notwendig und zulässig hält, daß über die Ehescheidungsklage von neuem verhandelt und entschieden wird, so ist das Berufungsgericht an diese Auffassung gebunden, wenn sie in erster Linie der Aufhebung des Berufungsurteils zugrunde gelegt ist, mochte sie auch für die Zurückweisung der klägerischen Anschlußrevision Bedeutung haben.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

Vorbemerkung: Zahlreiche Entscheidungen sind durch die abgeänderten Gesetzesbestimmungen, insbesondere §§ 567 Abs. 2, 574 Abs. 2 veranlaßt. Für den nach § 574 Abs. 2 zu stellenden Antrag auf Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Formerfordernis des § 569 Abs 2 festgestellt.

§ 567. 1. OLG. **13** 115 (Karlsruhe). Der Ausspruch des Gerichts gemäß § 43² des bad. Hinterlegungsgesetzes ist überhaupt keine Entscheidung, jedenfalls keine der Beschwerde des § 657 unterliegende „Entscheidung des Gerichts".

2. **RG.** JW. **06** 565 Ziff. 34. Durch die Bestimmung des Abs. 2 sollen alle Entscheidungen der OLG., die sich auf die Prozeßkostenpflicht der Parteien beziehen, betroffen werden, insbesondere auch die Entscheidungen wegen Nachzahlung der Kosten an den Armenanwalt auf Grund des § 125 ZPO.

3. (Vgl. JDR. **4** § 567, 2b.) **RG. 61** 417, BadRpr. **06** 27. Der Abs. 2 in der neuen Fassung findet auch auf Beschlüsse betr. Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes Anwendung (§ 16 Abs. 2 GKG.). Diese Beschlüsse sind also, sofern sie von einem OLG. erlassen sind, der Anfechtung entzogen. Ebenso **RG.** R. **06** 250 Ziff. 497.

4. **RG.** JW. **06** 395 Ziff. 25. Diese Vorschrift gilt in der neuen Fassung jetzt auch im Bereich der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige gemäß § 17 Abs. 3 derselben.

§ 568. 1. Abs. 1. OLG. **13** 173 (KG.). Durch die vor dem 1. 6. 06 erfolgte Klagezustellung war die Zuständigkeit des angerufenen Amtsgerichts I Berlin für das ganze erstinstanzliche Verfahren einschließlich der Kostenfestsetzung dergestalt festgelegt, daß dieses Verfahren vor diesem Gericht zu Ende zu führen war. Zur Beschwerde über den Kostenfestsetzungsbeschluß des Amtsgerichts I ist daher, gleichviel ob er vor oder nach dem 1. 6. 06 erlassen und zugestellt ist, stets das Landgericht I zuständig.

2. Abs. 2. **a)** **RG.** SächsOLG. **27** 342. Die abweichende Begründung des Beschlusses des Beschwerdegerichts bietet nur dann einen selbständigen Beschwerdegrund, wenn der Beschwerdeführer durch den Beschluß des Beschwerdegerichts schlechter gestellt wird. (Die Nichtbeachtung der diesbezüglichen ständigen Praxis des Reichsgerichts ist als grobes Verschulden im Sinne des § 102 ZPO. erklärt.). — Die Redaktion der Zeitschrift führt in einem Zusatz aus, daß das Reichsgericht mit Recht kein Bedenken geäußert habe, ob der § 102 auch im Vollstreckungsverfahren Anwendung finde. **b)** BraunschwZ. **06** 150 (Braunschweig). Der Grundsatz, daß die weitere Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde zurückgewiesen hat, muß versagen, wenn durch den Beschluß des Beschwerdegerichts gegen eine wesentliche Prozeßvorschrift verstoßen ist, wenn z. B. das Beschwerdegericht seine sachliche Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat; so wenn die Zivilkammer über eine Beschwerde betr. den Kostenfestsetzungsbeschluß im Privatklageverfahren entschieden hat. **c)** Ziff. 1. *Gmelin, ZBlFG. **7** 361 ff. Die weitere Beschwerde kann, wenn das Gericht zweiter Instanz die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen hat, nicht darauf gestützt werden, daß die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen gewesen wäre, — es müßte denn sein, daß durch die Zurückweisung als unbegründet ein rechtlicher Nachteil für den Beschwerdeführer entstände. Diese Voraussetzung trifft z. B. dann zu, wenn das Gericht II. Instanz zu Unrecht angenommen hatte, daß gegen den erstinstanzlichen Beschluß die sofortige Beschwerde stattfinde, während gegen denselben die „Erinnerung" im Sinne des § 766 ZPO. zulässig gewesen wäre. Denn in solchen Fällen ist dem Beschwerdeführer durch die Entscheidung des Gerichts II. Instanz eine Instanz entzogen worden, da zunächst das Gericht I. Instanz über die Einwendung zu entscheiden gehabt hätte. Hier muß der Beschluß II. Instanz aufgehoben und die Sache an die I. Instanz zurückverwiesen werden. (S. auch zu § 15 ZVG.) **d)** R. **06** 384 Ziff. 982 (Cassel). Hat das Amtsgericht eine Pfändung aufgehoben, weil die Identität des verurteilten Schuldners mit dem von der Pfändung Betroffenen nicht nachgewiesen sei, und das Landgericht die Beschwerde des Gläubigers zurückgewiesen, weil die Zustellung des Schuldtitels nicht ordnungsmäßig sei, so ist ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht gegeben, weil die Entscheidung des Landgerichts für den Gläubiger nicht nachteiliger ist, als die des Amtsgerichts. **e)** R. **06** 1144 Ziff. 2699 (Jena). Wird die Unentbehrlichkeit eines Gegenstandes, dessen Pfändung aus § 811 Ziff. 5 ZPO. heraus von der Schuldnerin als unzulässig angefochten ist, vom Amtsgericht im Einzelfalle verneint, in der Beschwerdeinstanz der Schuldnerin in ihrer Eigenschaft als Händlerin aber der Einwand des § 811 Ziff. 5 ZPO. überhaupt versagt, so liegt in dieser Entscheidung kein neuer selbständiger Beschwerdegrund.

3. Abs. 4. **RG. 62** 10. Diese Vorschrift findet auch auf eine gemäß § 571 ZPO. erlassene Entscheidung eines OLG. Anwendung, wodurch einer

weiteren Beschwerde gegen einen in der Beschwerdeinstanz erlassenen Beschluß desselben OLG. ganz oder teilweise abgeholfen wird.

§ 569. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Die Form der an das RG. gehenden Parteibeschwerde erinnert in etwas an die der weiteren Beschwerde der FG., weicht aber doch von ihr mehrfach ab. Zunächst fällt auf, daß der Gerichtsschreiber des Landgerichts für das Beschwerdeprotokoll überhaupt nicht zuständig ist. Sodann ist zu beachten, daß der Gerichtsschreiber eines Amtsgerichts nicht „die Beschwerde" zu Protokoll nehmen, sondern nur in Form des Protokolls eine Beschwerdeschrift herstellen kann, daß also die Beschwerde in diesem Falle als erhoben erst dann gilt, wenn das Protokoll bei dem Oberlandesgericht eingegangen ist. Dies ist z. B. wichtig für die Beschwerde eines Zeugen, dessen Zeugnisweigerung vom Oberlandesgerichte durch Zwischenurteil für unberechtigt erklärt worden ist und der nun sofortige Beschwerde einlegen will (ZPO. § 387). In den übrigen Fällen, wo die Beschwerde an das Reichsgericht vom Anwaltzwange befreit und daher in der neuen Form einzulegen ist, besteht meistens keine Beschwerdefrist, so z. B. bei der Beschwerde gegen den Beschluß, der das Armenrecht für die Berufungsinstanz versagt (450).

2. (Vgl. JDR. **4** § 574, 3a, b.) **a) RG.** GruchotsBeitr. **50** 433. Wenn der Gerichtsschreibereibeamte den Inhalt der vor ihm erklärten Beschwerdebegründung nicht in selbständiger Darstellung niederschreibt, sondern eine privatschriftliche Beschwerde entgegennimmt und auf deren Inhalt im Protokoll verweist, so ist die Beschwerde wegen Mangels der gesetzlichen Form unzulässig. **b)** RheinA. **103** I 65 (Cöln), bestätigt vom RG.: Die Beschwerde ist zulässig, die Begründung aber unbeachtlich. **c) RG.** SächsOLG. **27** 346. Nach Abs. 2 bedarf es zur Wirksamkeit der Beschwerde keiner begründenden Anführungen. Werden aber solche gemacht, so bedürfen auch sie der vorgeschriebenen Form bei Vermeidung der Unzulässigkeit der Beschwerde. — Die Redaktion der Zeitschrift hält diese Folgerung der Unzulässigkeit der Beschwerde für unrichtig.

3. **RG.** JW. **06** 573 Ziff. 48. Eine Unterschrift eines Rechtsanwalts, die völlig unleserlich war und nicht sowohl Schriftzüge, als bloße Federzüge, die keinen Buchstaben erkennen ließen, enthielt, wurde nur deswegen als ausreichend betrachtet, weil das Kammergericht an ihr keinen Anstoß genommen hatte, da offenbar seiner Kenntnis nach ein Rechtsanwalt seinen Namen in der erwähnten Weise zu zeichnen pflegt.

4. David, R. **06** 1186 f. Wenn eine in unzulässiger Weise eingelegte Beschwerde durch unanfechtbaren Beschluß als unzulässig verworfen ist, ist für eine in zulässiger Weise eingelegte neue Beschwerde noch Raum vorhanden.

§ 571. 1. SeuffBl. **06** 331 (Bamberg). Auch bei unzulässiger Beschwerde hat das Gericht Recht und Pflicht der Prüfung und event. Abhilfe.

2. OLG. **13** 175 (Karlsruhe). Wird gegen den einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückweisenden Beschluß Beschwerde eingelegt, so kann das erstinstanzliche Gericht nicht mehr mündliche Verhandlung anordnen, weil damit der Beschwerdeführer im Falle eines abweisenden Urteils auf den Weg der Berufung gedrängt würde, was dem § 571 Satz 2 widerspricht.

§ 574. 1. R. **06** 59 Ziff. 81 (Breslau). Die Prüfungspflicht hinsichtlich der Statthaftigkeit und der Wahrung von Form und Frist liegt in allen Fällen, mithin auch in denen des § 567 Abs. 2 und des § 568 Abs. 3 ZPO. dem Oberlandesgericht ob, ohne Rücksicht darauf, ob dieses in erster Instanz, in der Beschwerde- oder in der weiteren Beschwerdeinstanz die angefochtene Entscheidung getroffen hat.

2. **RG. 61** 417. Die im Abs. 2 vorgesehene Entscheidung des OLG. ist nur als eine vorläufige anzusehen, durch die das Beschwerdegericht, wenn die

Beschwerde zur Entscheidung an dasselbe gelangt, auch bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Beschwerde nicht gebunden ist.

3. **RG.** JW. **06** 68 Ziff. 22. Wird die Beschwerde gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts von diesem als unzulässig verworfen, so liegt darin eine gebührenpflichtige Entscheidung. Die Nachprüfung der Zulässigkeit jener Beschwerde auf Antrag des Beschwerdeführers ist kein gebührenpflichtiger Akt, wenn sie zur Aufrechterhaltung der Entscheidung des OLG. führt. Daher keine Festsetzung des Beschwerdewertes.

4. **RG.** JW. **06** 175 Ziff. 23, ElsLothJZ. **06** 327. Der Antrag auf Entscheidung des Reichsgerichts gegen die Verwerfung einer Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechts ist zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch einen Rechtsanwalt einzulegen, da er derselben Form unterliegt, wie die Beschwerde selbst, deren inhaltliche Wiederholung er bedeutet. Ebenso **RG.** JW. **06** 314 Ziff. 22, R. **06** 310 Ziff. 785, 384 Ziff. 984, BayObLG., SeuffBl. **06** 629.

5. **RG.** HessRspr. **7** 33. Abs. 2 gilt auch für weitere Beschwerden. Ebenso R. **06** 384 Ziff. 983 (Cassel).

6. **RG.** R. **06** 40 (mitgeteilt von H. Meyer). Wenn die Beschwerde gegen einen Beschluß durch unanfechtbaren Beschluß als unzulässig verworfen ist, ist auch der erste Beschluß unanfechtbar geworden. — Hiergegen Meyer das. Der Standpunkt ist dann vom RG. wieder aufgegeben in der von David, R. **06** 1186 mitgeteilten Entscheidung.

§ 576. *Siméon, Recht und Rechtsgang II. Nach der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige geht die Beschwerde gegen eine Entscheidung des beauftragten Richters unmittelbar an das Oberlandesgericht; denn im § 17 ZGebO. ist der § 576 ZPO. nicht mit zitiert (**RG. 17** 352, GruchotsBeitr. **44** 1190). Die von dem beauftragten Richter eines Oberlandesgerichts getroffene Entscheidung über Zeugen- und Sachverständigengebühren ist unanfechtbar, weil nur Beschwerde an das Reichsgericht in Frage käme, diese aber in Prozeßkostenangelegenheiten nach ZPO. § 567 Abs. 2 ausgeschlossen ist (450).

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578. 1. *Lux, Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 113 f. a) Bei Restitutions- oder Nichtigkeitsklage des früheren Klägers besteht kein Unterschied gegenüber dem iudicium rescindendum. b) Die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage des früheren Beklagten ist als Einzelklage auch dann zulässig, wenn die Streitgenossenschaft der Beklagten im iudicium rescidendum eine notwendige war. c) Die mehreren Kläger des iudicium rescindendum sind nur gemeinsam zur Restitutions- oder Nichtigkeitsklage passiv legitimiert, wenn das angefochtene Urteil nur im ganzen aufhebbar ist (z. B. wenn es den Beklagten auf die Klage von Miterben zur Leistung an die Kläger verurteilte).

2. Über die juristische Natur und Wirkungen der Wiederaufnahme des Verfahrens vgl. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 378 ff.; über die Verpflichtungen zur Leistung von Schadensersatz nach durchgeführtem Wiederaufnahmeverfahren das. 384 ff.; s. auch Pagenstecher vor § 704 ZPO.

§ 579. 1. Leyser, R. **06** 997 ff., empfiehlt, die Nichtigkeitsklage auf alle Fälle auszudehnen, in denen aus prozessualen Gründen ein Urteilsspruch überhaupt unzulässig war.

2. Ziff. 4. Hellwig, DJZ. **06** 69. Führt jemand einen Prozeß unter einem falschen Namen (tritt z. B. in einem Ehescheidungsprozeß eine dritte Person als die beklagte Ehefrau auf), so ist der § 579 Ziff. 4 nicht anwendbar. Die

Person, unter deren Namen ein Dritter den Prozeß geführt hat, wird vielmehr durch das Urteil gar nicht berührt. — AA. Lippmann, DJZ. 06 422. Durch die Zustellung des Urteils an den mit einer verfälschten Vollmacht versehenen Anwalt wird die Rechtskraft herbeigeführt, und es ist die Nichtigkeitsklage gegeben. So auch ausführlicher Oertmann, DJZ. 06 735.

§ 580. 1. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 279. Aus §§ 580 Ziff. 4, 581 folgt per argumentum a maiore ad minus, daß auch vor Eintritt der Rechtskraft die Wirkungen von Verzicht, Anerkenntnis und Geständnis beseitigt werden können, wenn die daselbst angeführten Voraussetzungen vorliegen. S. auch Pagenstecher zu § 307 und vor § 704 Bem. 2.

2. Ziff. 7. **a)** RG. JW. 06 812. Die Klagen auf Wiederaufnahme des Verfahrens müssen vor Ablauf von 5 Jahren, vom Tage der Rechtskraft des angefochtenen Urteils gerechnet, nicht bloß erhoben werden, sondern auch erwachsen sein. Erwachsen ist aber die Klage aus § 580 Ziff. 7b dem Kläger nicht, bevor er nicht die neue Urkunde aufgefunden hat oder sie zu benutzen instand gesetzt worden ist. Hieraus folgt, daß die erst nach Ablauf von 5 Jahren nach Rechtskraft des angefochtenen Urteils erfolgte Beibringung einer Abschrift der in der Klage in Bezug genommenen Urkunde das bei Ablauf der 5 Jahre nicht vorhandene Klagerecht nicht existent machen kann. **b)** R. 06 693 (Stettin). Ein Protokoll über eine nach Erlaß des Urteils erfolgte richterliche Vernehmung eines im Prozeß vernommenen Zeugen, woraus sich eine Abweichung in der Aussage des Zeugen von seiner früheren, im Prozeß abgegebenen ergibt, ist zur Begründung der Restitutionsklage nicht geeignet. **c)** HansGZ. 06 Beibl. 17 (Hamburg). Eine Urkunde, auf deren Auffindung die Restitutionsklage gestützt wird, muß ohne Zuhilfenahme anderer neuer Beweismittel imstande sein, eine andere Entscheidung herbeizuführen. Das ist nicht der Fall, wenn sie erst durch neue Zeugenaussagen verständlich gemacht werden kann. Richtet sich die Urkunde nur gegen die Glaubwürdigkeit eines einzelnen Punktes in einer Zeugenaussage, so bleibt diese im übrigen unerschüttert, wenn nicht eine Verurteilung wegen Meineids erfolgt ist. Reicht die Urkunde, obwohl es von ihr behauptet wird, nicht aus, eine günstigere Entscheidung herbeizuführen, so wird dadurch die Restitutionsklage zwar unbegründet, aber nicht unzulässig.

§ 581. *Neumeyer, ZStW. 27 39. Verurteilung im Auslande genügt nicht.

§ 587. RG. 61 418, DJZ. 06 147. Auch wenn sich eine auf Nichtigkeitserklärung eines rechtskräftigen Endurteils gerichtete Klage nicht als Nichtigkeitsklage bezeichnet, kann die nach § 587 erforderliche Erklärung, daß die Nichtigkeitsklage erhoben werde, aus dem Antrag und dem Inhalt der Klage festgestellt werden.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

Zu §§ 592 ff. Blanckmeister, PosMschr. 06 125. Im Urkundenprozeß müssen die Urkunden in Urschrift auch vorgelegt werden, wenn die Hauptsache erledigt ist und nur noch ein Versäumnisurteil wegen der Kosten gegen den Beklagten ergehen soll. Wenn der Kläger die als Beweismittel dienenden Urkunden dem Beklagten bei Tilgung der Schuld ausgeantwortet hat, kann er ein Versäumnisurteil gegen ihn regelmäßig im Urkundenprozeß nicht erwirken. — Als Rechtsbehelf für den Kläger bietet sich die Abstandnahme vom Urkundenprozeß dar (§ 596). Er muß die betreffende Erklärung dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes zustellen, widrigenfalls ein Versäumnisurteil nicht ergehen kann. Es ist also unter Umständen die Erwirkung eines neuen Termins erforderlich; hierbei sind aber dann die Fristen des ordentlichen Verfahrens zu beobachten.

§ 592. 1. *Walter, BayNotZ. **05** 40 ff. Auch der Anspruch aus einer Sicherungshypothek ist ein Anspruch aus einer Hypothek im Sinne dieses Paragraphen; doch ist in diesem Falle außer dem Nachweise der Eintragung in das Grundbuch der urkundliche Nachweis zu führen, daß dem Kläger eine durch die Sicherungshypothek geschützte Forderung gegen den Beklagten zusteht und in welcher Höhe, da sich der Gläubiger bei Sicherungshypotheken zum Nachweis seines Gläubigerrechts nicht auf die Eintragung berufen kann.

2. *Siber, JheringsJ. **50** 14. Nicht nur Realobligationen aus Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden, sondern alle auf Geldleistung aus einer Sache oder einem Sondergut gerichteten Verpflichtungen sind wahre Geldschulden.

§ 593. 1. OLG. **13** 176 (Dresden). Behauptet der Beklagte, daß auf seiner Klagabschrift bei der Zustellung die Erklärung „im Urkundenprozeß" durchstrichen war, so trifft ihn, wenn die Klagurschrift die Bemerkung, daß im Urkundenprozeß geklagt werde, enthält und in der Zustellungsurkunde die Übergabe einer beglaubigten Klagabschrift bekundet ist, die Beweislast. In diesem Falle, wo die Erklärung nur in der dem Beklagten übergebenen Abschrift fehlt, kann sie der Kläger auch nachholen, da Abs. 2 entsprechend anzuwenden ist.

2. Abs. 2. **a**) HansGZ. **06** Hauptbl. 144 (Hamburg). Ist mit der Klage dem Beklagten eine Abschrift des Wechsels zugestellt worden, in der die nicht leserliche Unterschrift des Prokuristen des aus dem Wechsel Berechtigten mit gleichfalls nicht leserlichen Schriftzügen hergestellt worden ist, so ist diese Abschrift ebenso vollständig, als wenn sie statt der unleserlichen Schriftzüge den Vermerk „Unterschrift unleserlich" enthielte. **b**) OLG. **13** 207, SeuffA. **61** 480, HansGZ. **06** Hauptbl. 227 (Hamburg). Die nachträgliche Beibringung von Urkunden in der Berufungsinstanz ist zulässig (vgl. JDR. 3).

§ 595. BadRpr. **06** 20 (Karlsruhe). Die im erstinstanzlichen Nachverfahren erwachsenen Zeugenabhörprotokolle können im Urkundenprozeß in der Berufungsinstanz zur Führung des Urkundenbeweises angerufen werden.

§ 597. 1. Blanckmeister, PosMschr. **06** 125. Abs. 2 ist auch dann maßgebend, wenn es sich nur noch um die Kostenverurteilung des Beklagten durch Versäumnisurteil im Urkundenprozeß handelt.

2. Muß bei einem per procuram akzeptierten Wechsel auch im Versäumnisverfahren der Nachweis, daß der akzeptierende Prokurist Prokura hatte, als Nachweis der „klagebegründenden Tatsachen" durch Urkunden geführt und mangels dieses Nachweises die Klage von Amts wegen abgewiesen werden? Dietz, BadRpr. **06** 99, bekämpft die Bejahung dieser Frage, für die sich LG. Karlsruhe entschieden hatte: weder das Gesetz noch die Rechtsprechung zwinge zur Klagabweisung.

3. HansGZ. **06** Beibl. 3 (Hamburg). Im Urkundenprozeß muß, wenn eine Urkunde von einem Bevollmächtigten gezeichnet ist, auch die Vollmacht urkundlich nachgewiesen werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagte, der die Abweisung der Klage als im Urkundenprozeß unzulässig begehrt, in der eventuellen Einlassung zur Hauptsache das Vollmachtsverhältnis zugibt.

§ 600. 1. **RG. 62** 93, JW. **06** 29, R. **06** 251, SchlHolstAnz. **06** 45. Im Nachverfahren ist bei rechtskräftiger Verurteilung des Beklagten im Wechselprozeß der Einwand der Ungültigkeit des Wechselprotestes nicht mehr zulässig: Der Richter im Wechselprozeß hat durch das Wechselurteil von selbst über die Gültigkeit des Protestes dadurch entschieden, daß er den Wechselanspruch zugesprochen hat. Daß er in den Gründen des Urteils sich über die Gültigkeit des Protestes, die nicht bemängelt war, nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, ändert daran nichts, da er die Gültigkeit des Protestes von Amts wegen zu prüfen hatte: hätte er sich darüber ausdrücklich ausgesprochen, so würde kein Zweifel darüber

aufkommen können, daß der in dem Urteil gemäß § 599 ausgesprochene Vorbehalt der Rechte sich auf den Einwand der Ungültigkeit des Protestes nicht bezog und der Einwand, nachdem das Wechselurteil rechtskräftig geworden, im Nachverfahren nicht wieder vorgebracht werden konnte. Diesem ausdrücklichen Ausspruch steht der in dem Wechselurteil enthaltene stillschweigende Ausspruch gleich. Nach § 600 bleibt der Rechtsstreit bei Vorbehalt der Rechte im ordentlichen Verfahren anhängig, aber doch nur soweit, als er nicht rechtskräftig entschieden ist.

2. HansGZ. **06** Beibl. 12 (Hamburg), vgl. JDR. **4**.

3. OLG. **13** 177, HansGZ. **06** Beibl. 156 (Hamburg). Ergeht im Urkundenprozeß ein Urteil ohne Vorbehalt, so ist mit dessen Rechtskraft das Nachverfahren hinfällig (Gaupp-Stein II zu § 600). Ist die Klage rechtskräftig im Urkundenprozeß abgewiesen, so kann ihr nicht im Nachverfahren in irgendeiner Form stattgegeben werden. Ebensowenig kann die schon abgewiesene Klage noch einmal abgewiesen werden. Auch für die Kostenentscheidung im Sinne der ZPO. — im Gegensatz zur GebO. und zum GKG. — ist das Nachverfahren nur ein Bestandteil des einheitlichen, im Urkundenprozesse begonnenen Rechtsstreits. Man kann daher der Ansicht sein, daß mit der rechtskräftigen Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers auch über die Kosten des Nachverfahrens entschieden war. Anderenfalls bedarf es noch einer Entscheidung über die Kosten, die aber nur dahin ergehen kann, daß der Kläger auch die Kosten des Nachverfahrens zu tragen habe.

4. SeuffBl. **06** 139, WürttJ. **18** 305 (Stuttgart). Die Geltendmachung von begründeten Einwendungen, mögen sie auch erst nach dem Vorbehaltsurteil entstanden sein, hat die Aufhebung des Vorbehaltsurteils und die Abweisung der Klage zur Folge. Dazu gehört auch der Einwand, daß der Kläger nach Erlaß des Vorbehaltsurteils befriedigt worden sei. Es ist nicht Aufgabe des Endurteils, endgültig festzustellen, ob z. Zt. des Erlasses des Vorbehaltsurteils der Anspruch des Klägers begründet gewesen sei.

§ 604. Friedrichs, DJZ. **06** 754. Der „Sitz" des Prozeßgerichts im Sinne des § 604 kann auch nicht weiter reichen als sein Bezirk.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Ehesachen.

Vorbemerkung: Eichhorn, Die Rechtsbehelfe in Ehesachen, SeuffBl. **06** 301, enthält eine übersichtliche Zusammenstellung der Vorschriften des BGB. und der ZPO. über die auf dem Gebiete des persönlichen Eherechts vorkommenden Klagen.

§ 606. 1. RheinA. **102** I 288 (Cöln). Bei einer auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage kann der Mitschuldige dem schuldigen Ehegatten als Nebenintervenient beitreten. Das rechtliche Interesse an dem Ausgang des Rechtsstreits wird gefunden in der Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung wegen Ehebruchs aus § 172 StGB. und in dem Eheverbot nach § 1312 BGB.

2. RheinA. **102** I 88 (Cöln). Das internationale Abkommen zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett vom 12. 6. 02 (RGBl. **04** 231) gilt noch nicht im Verhältnis von Österreich und Deutschland.

§ 611. BadRpr. **06** 80 (Karlsruhe). Darin, daß der Beklagte nach der Ladung zum Sühneversuch möglicherweise seinen Aufenthalt wechselt, kann keine erhebliche Erschwerung der klägerischen Rechtsverfolgung erblickt werden, da ein solcher Umstand für die Rechtswirksamkeit des Sühneversuchs bedeutungslos sein würde.

§ 613. RheinA. **102** I 64 (Cöln). Der Mangel einer Vollmacht des Prozeßvertreters des Klägers in erster Instanz ist auch in der Berufungsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen. Er ist nicht dadurch geheilt, daß er nicht gerügt ist und der Vorderrichter ein auf die Klage sachlich eingehendes Urteil, hier auf Nichtigkeit der Ehe erlassen hat. Dies folgt aus § 295 Abs. 2 und aus dem Zwecke des § 613 (vgl. **RG. 45** 420).

Zu §§ 614—616. 1. BayRpflZ. **06** 190 (Zweibrücken). Dem Grundsatze der §§ 614—616, daß alle Umstände, die das Bestehen des ehelichen Verhältnisses beeinflussen können, im nämlichen Verfahren erörtert und entschieden werden sollen, entspricht es, wenn es als zulässig erachtet wird, die Anfechtungs- und Scheidungsklage im Laufe des Rechtsstreits bis zur Erlassung des Endurteils, gleichviel, ob es sich um ein Verfahren 1. oder 2. Instanz handelt, zu verbinden oder von der einen zur anderen Klage überzugehen. Wird die Scheidungsklage mit der Anfechtungsklage nachträglich, d. h. nicht bereits in der Klageschrift verbunden, bedarf es keines Sühneversuchs mehr. In zulässiger Weise hat die Klägerin bestimmt, es solle die Scheidungsklage der Anfechtungsklage vorgehen. Beide Klagen richten sich gegen den Fortbestand einer Ehe, hängen vom Willen der Ehegatten ab und können nicht von Amts wegen erhoben werden; die Anfechtungsklage hat an sich vor der Scheidungsklage keinen Vorrang. Die nachträgliche Erhebung der Anfechtungsklage beeinträchtigt die Freiheit der Klägerin, der immer nur eine der verbundenen Klagen zugesprochen werden kann, hinsichtlich der Bestimmung der Reihenfolge nicht.

2. **RG.** JW. **06** 391. Das LG. hatte auf die Klage der Frau die Ehe der Parteien geschieden, die auf Scheidung gerichtete Widerklage des Mannes abgewiesen und den Mann allein für schuldig erklärt. Durch Einlegung der Berufung seitens des Beklagten wurde die Rechtskraft des Urteils im ganzen Umfange gehemmt, mithin auch so weit, als auf Scheidung der Ehe erkannt war. Diese Folge trat ungeachtet des Umstandes, daß der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr den Scheidungsantrag aufrechterhielt, sondern nur auf Grund des § 1574 Abs. 3 BGB. die Mitschuldigerklärung der Klägerin begehrte, ein. Demzufolge mußte das OLG. darauf Rücksicht nehmen, daß die Sachentscheidung dem Grundsatze entsprach, daß die Ehetrennung nur ausgesprochen werden darf, *wenn sämtliche der Entscheidung bedürfende Streitfragen spruchreif sind.* Wollte es die Entscheidung über die Mitschuld der Klägerin von einem ihr aufzuerlegenden zugeschobenen Eide abhängig machen, so mußte es sowohl für den Fall der Leistung als auch für den Fall der Verweigerung des Eides einen Ausspruch nicht nur über die Schuldfrage, sondern auch über die Scheidung selbst abgeben. Indem das Berufungsgericht lediglich eine bedingte Entscheidung über den Antrag des Beklagten, auch die Klägerin für schuldig zu erklären, fällte, im übrigen aber sich eines Ausspruchs über die Scheidung enthielt, schuf es die Möglichkeit, daß der Scheidungsausspruch rechtskräftig wird, bevor über die Schuldfrage rechtskräftig entschieden wird. Denn in dem Zeitpunkt, in welchem das bedingte Berufungsurteil rechtskräftig wird, wird auch der landgerichtliche Scheidungsausspruch rechtskräftig. Rechtskräftig geschiedene Eheleute können aber nicht mehr über die Schuldfrage prozessieren. Ein künftiges Läuterungsverfahren wäre unzulässig (vgl. IDR. **3** Ziff. 1 u. 3, **4** Ziff. 3).

§ 614. MecklZ. **24** 206 (Rostock). Wenn das erste Urteil in einer Ehesache dem Antrage des Beklagten auf Abweisung der Ehescheidungsklage Folge gegeben hat, so kann eine Widerklage durch Anschlußberufung erhoben werden.

§ 615. 1. **RG.** JW. **06** 22. Der § 615, der die Verbindung der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens und der Scheidungsklage zuläßt — eine Verbindung, die begriffsnotwendig nur eine eventuelle sein kann (vgl. IDR. **4**

§§ 614—616 Ziff. 4), — betrifft nur die prozessuale Seite. Ob sich aus der Verbindung beider Klagen der Schluß entnehmen läßt, daß das nur eventuelle Begehren der ehelichen Gemeinschaft ernstlich und begründet sei, ist eine Frage des materiellen Rechtes. Ihre Beantwortung kann nur aus der konkreten Würdigung aller Umstände des Einzelfalls genommen werden. Der Ehegatte, der mit der Erhebung der Klage aus § 1568 BGB. die Unerträglichkeit eines weiteren Zusammenlebens behauptet, kann dennoch ernstlich gesonnen sein, das Eheleben fortzusetzen, falls sein Scheidungsgrund verworfen wird.

2. BadRpr. **06** 3 (Karlsruhe). Eine eventuelle, d. h. für den Fall des Erfolges der Berufung erhobene Widerklage ist zulässig (vgl. IDR. 4 Ziff. 5).

§ 616. 1. HansGZ. **06** Beibl. 255 (Hamburg). Die Zurücknahme einer früher erhobenen Ehescheidungsklage steht der Anfechtung der Ehe nicht entgegen, wohl aber kann der mit der Ehescheidungsklage Abgewiesene später nur solche Tatsachen benutzen, die er im Vorprozesse nicht geltend zu machen imstande war.

2. SächsOLG. **27** 467 (Dresden). Der Beklagte kann gegen das die Ehescheidungsklage abweisende Urteil keine Berufung einlegen, wenn sie nur zu dem Zwecke erfolgt, nachträglich eine im wesentlichen auf neue Tatsachen gegründete Widerklage zu erheben.

3. WürttJ. **18** 205 (Stuttgart). Satz 1 gilt auch für die Widerklage.

§ 617. 1. *Eichhorn, R. **06** 339. Für Ehesachen hat der Gesetzgeber eine wichtige Beschränkung in der Beweisführung vorgeschrieben, indem der Eid nicht zugeschoben werden darf über solche Tatsachen, welche die Scheidung oder die Anfechtung der Ehe oder das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen. Hieraus folgt e contrario, daß die Eideszuschiebung zulässig ist über alle Tatsachen, welche zur Aufrechterhaltung der Ehe und zur Abwehr gegen die Klage dienen sollen. Für die Behauptungen der Widerklage gilt dasselbe wie über die der Klage; sobald aber statt der Widerklage nur der Antrag gestellt wird, auch die Klagepartei an der Scheidung für „schuldig" zu erklären, wird von der Praxis jeder Eid für zulässig erachtet. Die Folge ist, daß die beklagte Partei häufig von der Widerklage absieht und nunmehr über alle ihre Behauptungen, auch über Ehebrüche, Mißhandlungen und Schimpfreden. Eide nach Belieben zuschiebt, auf die dann das Gericht trotz des § 617 ZPO. überall eingehen muß. Während also Kläger für seine Scheidungsgründe durchweg Zeugen benennen muß, kann die Gegenpartei, sofern sie nicht Widerklage erhebt, durchweg sich der Eideszuschiebung bedienen und ist somit prozessual viel günstiger gestellt als die klagende Partei, ohne daß ein Grund für diese Unterscheidung erkennbar ist. Wird freilich der Antrag der Beklagten dahin gestellt, den Kläger eventuell, d. h. falls nicht auf die Widerklage geschieden wird, für mitschuldig zu erklären, so darf über die betr. Tatsachen, da sie zugleich Schuldfrage und Scheidungsantrag begründen sollen, ein Eid nicht zugeschoben werden. Deshalb wird oft die Widerklage fallen gelassen und der Antrag auf „Schuldig" als prinzipal gestellt. Als diejenigen Tatsachen, über die ein Eid stets als zulässig gilt, sind besonders zu beachten der Einwand der Verzeihung und der Verjährung, speziell beim Ehescheidungsgrund des Ehebruchs auch noch der Einwand der Zustimmung. Häufig sind die Tatsachen und Äußerungen, aus denen auf Verzeihung und Zustimmung gefolgert werden soll, sehr dürftig substantiiert und jeder vernünftigen Logik widersprechend oder betreffs ihrer Ernstgemeintheit höchst unwahrscheinlich, trotzdem aber läßt sich die Eidesnormierung darüber nur selten umgehen, da ja die Aufrechterhaltung der Ehe davon abhängt. Auch für die Streitigkeiten wegen Herstellung des ehelichen Lebens ist die Frage, ob ein Eid zugeschoben werden darf, oftmals recht schwierig, namentlich wenn die Ernstlichkeit der Klage bestritten wird und hierüber Beweis zu erheben ist. Die Frau, die

ihren Mann wegen roher Behandlung verlassen hat, darf sich bezüglich der angegebenen Sävitien einer Eideszuschiebung nicht bedienen und auch da, wo sie nur einen „Mißbrauch" des ehemännlichen Rechtes auf gemeinsame Häuslichkeit behauptet, also Zeugen meistens überhaupt nicht namhaft machen kann, muß sie von Eidesdelationen Abstand nehmen, aber überall, wo das Verlangen der Herstellung als begründet erwiesen werden soll, darf der Eid zugeschoben werden, auch wenn es noch so wahrscheinlich ist, daß solches Verlangen nicht auf den Willen friedlicher Eheführung, sondern auf der Absicht, demnächst die Desertionsklage zu erheben, beruht. — Daß dagegen richterliche Eide auch in Ehesachen unbeschränkt zulässig sind, bedarf kaum besonderer Erwähnung. Freilich hat die Praxis auch in dieser Hinsicht vielfach Wunderlichkeiten in bezug auf Eidesnormierung erzeugt und selten sind die Parteien sehr befriedigt mit diesen Entscheidungen, die meist nur einen einzelnen Vorfall herausgreifen, während die Ehezerrüttung gewöhnlich von den verschiedensten Vorfällen, die eben erst in ihrer Gesamtheit von Bedeutung sind, verursacht wird. — Schließlich ist zu beachten, daß, so beschränkt die Parteieide in Ehesachen sind, doch die eidesstattlichen Versicherungen der Parteien in Ehesachen (bei einstweiligen Verfügungen, z. B. wegen des Getrenntlebens) unbeschränkt zugelassen werden (vgl. JDR. **4** § 627 zu I).

2. **RG.** JW. **06** 355. Bei der Erhebung der Anfechtungsklage ist die Frage, ob die Klage rechtzeitig erhoben worden sei, von Amts wegen unter Beachtung der §§ 617 und 622 zu prüfen. Das hat zur Folge, daß freilich die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung angenommen werden muß, wenn nicht die Verspätung bewiesen wird, aber bei der Prüfung, ob eine Verspätung vorliegt, ist das Ehegericht von den Parteibehauptungen nicht abhängig.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1101, JW. **06** 314, PosMschr. **06** 56. Für das Verfahren in Ehesachen ist die dem Verfügungsrechte der Parteien über den Rechtsstreit entspringende Befugnis, auf die Beeidigung eines Zeugen zu verzichten (§ 391 Abs. 2), ihrer Wirkung entkleidet, jedoch nur in Ansehung ehefeindlicher Tatsachen. Der Grund ist die Besorgnis, daß Parteien mit Hilfe einer derartigen Prozeßvorschrift in geheimem Einvernehmen einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Ehescheidungsgrund scheinbar beweisen und demzufolge eine nicht begründete Scheidung durchsetzen könnten. Dem Staate liegt daran, unberechtigte Angriffe gegen den Bestand der Ehe möglichst abzuwehren, und es sind aus diesem Grunde eine Anzahl Beweisregeln, mit Hilfe deren der Bestand der Ehe wirksam bekämpft werden könnte, in Abs. 2 außer Anwendung gesetzt. Eine Gefährdung des Bestandes der Ehe liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Partei Tatsachen vorbringt, die die Scheidung begründen sollen, sondern erst dann, wenn der Richter die vorgebrachten Tatsachen zur Begründung der Scheidung wirklich verwertet. Erachtet der Richter die Tatsache für unerheblich oder weist er aus einem anderen Grunde die Scheidungsklage ab, so entfällt der gesetzgeberische Zweck des § 617 Abs. 2 von selbst, und diese Vorschrift erscheint dann nicht als verletzt.

4. SächsOLG. **27** 550. Wenn der dem beklagten Teile auferlegte Eid, bei dessen Nichtleistung die Ehe geschieden werden soll, für verweigert zu erachten ist, kann auch der hiernach unterliegende Teil die Scheidung der Ehe durch Erlaß des Läuterungsurteils beantragen.

§ 618. 1. Abs. 3. Heuer, HansGZ. **06** Beibl. 133. In Ehesachen ist zu jedem nicht in Gegenwart des Beklagten anberaumten Termin neu zu laden. Dies gilt auch dann, wenn in dem früheren Termin die Gegenpartei zwar persönlich erschienen, aber nicht durch einen Anwalt vertreten war.

2. Abs. 5. ElsLothJZ. **06** 57 (Colmar), vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

§ 619. 1. Neumiller, DJZ. **06** 142. Im Eheprozesse unvertretene Parteien können nach § 619 ZPO. zum persönlichen Erscheinen gezwungen werden (vgl. JDR. **4** Ziff. 1).

2. Zeising, DJZ. **06** 192. Die Anordnung der Vernehmung der durch einen Anwalt nicht vertretenen Partei und die Vernehmung selbst seitens des Gerichts ist mindestens bedenklich, und es erscheint geboten, den § 619 nur gegenüber der durch einen Anwalt vertretenen Partei anzuwenden.

3. OLG. **13** 88 (KG.). Bei der Vernehmung einer Partei gemäß § 619 handelt es sich nicht um eine mündliche Verhandlung der §§ 128 ff. Ist eine Anordnung des Erscheinens, die einen Gerichtsbeschluß zur Voraussetzung hat, nicht ergangen, so ist eine Vernehmung der Partei gemäß § 619 unstatthaft. Die vom Gericht zugelassene Erklärung des ohne Anwalt erschienenen Beklagten ist deshalb in Wirklichkeit ein mündliches Verhandeln des Beklagten selbst, das nicht zulässig ist.

§ 620. 1. v. Spindler, DJZ. **06** 71. Die Aussetzung ist ungerechtfertigt, wenn die behaupteten Tatsachen nicht zur Scheidung führen können oder wenn die stattgehabte Beweisaufnahme ergeben hat, daß die Voraussetzungen für die Scheidung nicht vorliegen (gegen Gaupp-Stein Bem. III zu § 620). Das Gericht kann die Aussetzung aber ohne vorhergehende Beweisaufnahme und obgleich noch keine Tatsachen feststehen, die den Scheidungsantrag rechtfertigen könnten, anordnen, sofern nur derartige Tatsachen von den Parteien behauptet sind (vgl. dagegen JDR. **3** Ziff. 1, 2).

2. RheinA. **102** I 246 (Cöln). Gegen den Beschluß, wodurch von Amts wegen die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage angeordnet wird, ist die Beschwerde zulässig. Für die Annahme der Aussicht auf Aussöhnung der Parteien muß ein tatsächlicher Anhalt vorhanden sein.

§ 622. **RG.** R. **06** 1441. Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe können Parteiangaben in einem Schriftsatze (Teilnahme der Frau an der strafbaren Handlung des Mannes, die zum Scheidungsgrunde diente) berücksichtigt werden, auch wenn der Schriftsatz zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und dem Termine zur Urteilsverkündung eingegangen ist.

§ 625. 1. **RG.** JW. **06** 391. Urteile, die auf Eid erkennen und sowohl für den Fall der Leistung als der Nichtleistung des Eides die Scheidung aussprechen und nur die Entscheidung der Schuldfrage von dem Eide abhängig machen, sind nicht von Amts wegen zuzustellen (vgl. JDR. **1** Ziff. 2).

2. HansGZ. **06** Beibl. 216 (Hamburg). Ein Urteil, das den als schuldigen Teil geschiedenen Beklagten seiner dagegen eingelegten Berufung für verlustig erklärt, ist von Amts wegen zuzustellen (vgl. JDR. **1** Ziff. 3).

§ 627. I. Allgemeines. 1. BadRpr. **06** 324 (Karlsruhe). Der Rechtsstreit dauert im Sinne des § 627 fort, bis der gesamte Ehescheidungsprozeß einschließlich der Widerklage endgültig erledigt ist.

2. NaumburgAK. **06** 33, JustizdBl. **06** 12 (Naumburg). Neben der einstweiligen Verfügung ist auch die Erhebung der Klage wegen desselben Anspruchs zulässig.

3. SchlHolstAnz. **06** 41 (Kiel). Das Berufungsgericht ist zum Erlasse der Verfügung auch dann zuständig, wenn das Urteil bereits erlassen, aber noch nicht rechtskräftig ist.

4. **RG.** **63** 38, JW. **06** 307. Die Fassung des Abs. 4 ist mit Vorbedacht gewählt. Die Fortlassung des § 945 ZPO. in ihm hat zur Folge, daß seine Bestimmungen gegenüber den gemäß § 627 getroffenen Anordnungen niemals — mithin auch nicht im Falle des § 942 Abs. 3, wenn ein solcher Fall überhaupt vorkommen könnte, — geltend gemacht werden können. Hiernach kann der ge-

schiedene Ehemann, der infolge einer gemäß § 627 erlassenen einstweiligen Verfügung der Frau während des Scheidungsprozesses eine ihrem standesgemäßen Unterhalt entsprechende Geldrente gewährt hat, von der Frau, auch wenn diese für schuldig erklärt worden ist, die Erstattung derjenigen Beträge, die für ihren notdürftigen Unterhalt nicht erforderlich gewesen sein sollen, nicht verlangen.

II. Anwendungsgebiet und Verhältnis zu §§ 936—940. 1. *Klien, SächsRpflA. **06** 424. Obwohl zum Unterhalt die Prozeßkosten an sich nicht gehören, ist das Eheprozeßgericht gemäß § 940 zuständig zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung auf Vorschußzahlung durch den im gesetzlichen Güterrechte lebenden Ehemann. — Das Vorhandensein der Kostentragungspflicht und die Notwendigkeit zum Erlasse einer solchen einstweiligen Verfügung sind in der Regel zu vermuten. Die Notwendigkeit zum Erlasse der einstweiligen Verfügung ist nur zu verneinen, wenn glaubhaft ist, daß die Frau selbst genügende Mittel besitze, oder wenn von Anfang an mit Wahrscheinlichkeit zu erkennen ist, daß die Vollstreckung zu keinem tatsächlichen Erfolge führen würde (vgl. JDR. **1** § 1387 BGB. Ziff. I—IV, **2** Ziff. 3 u. 4).

2. *Schäfer, BayRpflZ. **06** 69. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in den in Abs. 1 aufgeführten Fällen ist nur zulässig, wenn nicht nur die in Abs. 1 u. 2 enthaltenen Voraussetzungen gegeben, sondern auch die weiteren Bedingungen des § 940 erfüllt sind. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des § 627 Abs. 4 und aus dem Zusammenhange des Gesetzes, insbes. aus dem Begriffe der einstweiligen Verfügung an sich. Die gegen die gleichlautende Ansicht des RG. vorgebrachten Einwendungen sind unstichhaltig.

3. RheinA. **102** I 143 (Cöln). a) Soweit die Vorschrift des § 627 Abs. 1 zutrifft, müssen auch die Voraussetzungen der §§ 936—944 ZPO. vorliegen. Dies wird zwar von namhaften Schriftstellern bestritten (Gaupp-Stein Anm. I, Petersen-Anger Anm. 2 Ziff. 10 zu § 627), doch ist diese Frage in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (**RG. 46** 382, **49** 368, SeuffA. **56** Ziff. 120) zu bejahen. Die Antragstellerin muß demgemäß nach § 940 glaubhaft machen, daß der Antrag, das Getrenntleben der Parteien zu gestatten, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint, während es nicht erforderlich ist, daß auch die Voraussetzungen des § 1353 Abs. 2 BGB. glaubhaft gemacht werden (**RG. 46** 382, **49** 368; vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **3** V, **4** II). b) Wenn das Getrenntleben der Ehegatten gestattet wird, ist § 1361 BGB. ohne weiteres anwendbar (Planck § 1361 Anm. 5), und es ist dieser Vorschrift nur die Art und Weise zu entnehmen, in der der Unterhalt zu gewähren ist, und zwar kann neben der Herausgabe der für einen abgesonderten Haushalt erforderlichen Sachen nur auf eine Geldrente erkannt werden.

4. **RG.** R. **06** 865. Das Prozeßgericht kann auf Grund der §§ 627, 940 ZPO. für die Dauer des zwischen den Ehegatten schwebenden Ehescheidungsprozesses durch einstweilige Verfügung den Verkehr der Ehefrau mit den minderjährigen Kindern regeln (JW. **02** Beil. 207), allerdings nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 940 neben denen des § 627. Eine solche Regelung stellt sich als eine „wegen der Sorge für die Person gemeinschaftlicher Kinder" getroffene Anordnung dar (vgl. JDR. **4** zu IV 1).

5. ElsLothJZ. **06** 116 (Colmar). Durch § 627 wird nicht ausgeschlossen, daß außerhalb des Eheprozesses unter den Voraussetzungen der §§ 935, 940 zwischen den Ehegatten die Unterhaltspflicht durch einstweilige Verfügung geregelt werden kann.

III. Unterhaltspflicht. BayRpflZ. **06** 211 (Augsburg). Eine Regelung der Unterhaltspflicht darf nur erfolgen, wenn die Eheleute tatsächlich getrennt

leben und wenn und solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert.

IV. Gestattung des Getrenntlebens. 1. RG. JW. 06 601, DJZ. 06 1206. Erscheint die Gestattung des Getrenntlebens der Ehegatten im Sinne der §§ 627, 940 an sich nötig, so kommt es auf die Frage des eigenen Verschuldens nicht an. Die Partei kann gegen wesentliche ihr drohende Nachteile, ihr drohende Gewalt nicht schutzlos gelassen, ihre aus anderen Gründen anzuerkennende Schutzbedürftigkeit kann nicht deshalb verneint werden, weil sie sich selbst in die Lage gebracht hat, den Schutz des Richters anrufen zu müssen (vgl. JDR. 1 Ziff. 2).

2. SächsOLG. 27 554. Eine einstweilige Verfügung auf Gestattung getrennten Lebens von Ehegatten ist auch ohne die Voraussetzungen des § 627 zulässig auf Antrag eines Ehegatten, der die Entmündigung des anderen Teiles wegen Geisteskrankheit beantragt hat.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 644. *Kuttner, JheringsJ. 50 466 ff. Sämtliche Rechtswirkungen, die im BGB. an die uneheliche Vaterschaft angeknüpft sind, können jedenfalls auf einem und demselben Tatbestande beruhen, nämlich auf dem Bestehen der wirklichen Vaterschaft. Wenn zwei dieser Rechtswirkungen, der Alimentenanspruch und die Legitimation durch nachfolgende Ehe, außerdem auch auf den Tatbeständen der fingierten Vaterschaft der §§ 1717 f. und 1720 beruhen können, so können sie sich erst recht auch auf das Bestehen der wirklichen Vaterschaft stützen. Die wirkliche uneheliche Vaterschaft ist daher ein einheitliches Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen zum Gegenstand einer Feststellungsklage, uud zwar einer echten Statusklage, gemacht werden kann. Diese wird ausdrücklich anerkannt in ZPO. § 644 und BGB. § 1883 Abs. 1. — Wird das Vorhandensein der unehelichen Vaterschaft nur auf die Fiktion der §§ 1717, 1718 BGB. gestützt, so liegt keine Statusklage im Sinne des § 644 ZPO. vor und es kann nicht auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin, sondern nur auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB. geklagt und erkannt werden (474 ff.). — Zur Sache legitimiert sind bei der Klage auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" nur das uneheliche Kind und dessen Vater, bei der Klage auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716" auch die Mutter des unehelichen Kindes (478 ff.). — Über die Wirkungen der Rechtskraft des Urteils, welches die „uneheliche Vaterschaft schlechthin" feststellt oder verneint, sowie über die Rechtskraftwirkungen des Urteils, welches nur über die „uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB." eine Feststellung trifft vgl. 489 ff. — Das Urteil, welches die „uneheliche Vaterschaft schlechthin" feststellt, begründet zwar Rechtskraft nur inter partes; es begründet aber eine Vermutung für und gegen jedermann für das Bestehen der unehelichen Vaterschaft, wenn der Urteilsinhalt im Geburtsregister gemäß § 26 oder § 65 PStG. eingetragen wird. Diese Beweiskraft gegenüber jedermann beruht auf § 15 PStG. (512 ff.; vgl. auch JDR. 3).

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Literatur: Levis, Internationales Entmündigungsrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1906.

Zu §§ 645 ff. *Levis aaO. Bedeutung der Anhängigkeit eines Entmündigungsverfahrens im Auslande (205 ff.). Bei der Entmündigung

von Russen ist in der Regel auch zu nicht-öffentlichen Verhandlungen der Bevollmächtigte des russischen Gesandten oder Konsuls zuzulassen (209 ff.). Wegen Zustellungen im Auslande vgl. § 199. Im Entmündigungs-Beschlußverfahren sind die Vorschriften über Zustellungsbevollmächtigte (§§ 174 f.) unanwendbar (221). Wegen Zustellungen im Auslande ist auch für das Entmündigungs-Beschlußverfahren das Haager Abkommen vom 27. April 1899 maßgebend (223 f.). Über Beweisaufnahmen im Auslande und insbesondere das Haager Zivilprozeßabkommen und seine bevorstehenden Änderungen 247 ff. Für Beweiserhebungen im Entmündigungs-Beschlußverfahren ist § 364 unanwendbar (249). Sicherheitsleistung ist im Entmündigungsverfahren für den Ausländer (selbst im Anfechtungsprozesse) nie erforderlich (292 ff.).

§ 645. 1. Waldow, DJZ. **06** 1090. Mit dem Antrag auf Entmündigung wegen Geistesschwäche kann der Eventualantrag auf Entmündigung wegen Verschwendung verbunden werden. Die Verschiedenheiten des Entmündigungsverfahrens wegen Geistesschwäche und wegen Verschwendung erscheinen als Besonderheiten einer und derselben Verfahrensart, die ohne Schwierigkeiten in einem Prozeß nebeneinander beachtet werden können. Den Gefahren eines Mißbrauchs des Eventualantrags beugt der § 649 vor.

2. OLG. **12** 1 (Rostock), vgl. JDR. **4**.

§ 646. *Levis. Wer antragsberechtigt ist, bestimmt bei internationalrechtlichen Verwickelungen das Recht des (deutschen) Entmündigungsgerichts 176 ff. Bei der Frage, wer mit dem zu Entmündigenden verwandt oder verehelicht ist, kann ausländisches Recht in Betracht kommen; hierüber 180—192. Als gesetzlicher Vertreter ist nur antragsberechtigt derjenige, der nach dem maßgebenden Rechte kraft seiner Vertreterstellung eine wenn auch nur beschränkte Herrschaft über die Person des zu Entmündigenden besitzt (192 f.). § 55 ist im Beschlußverfahren nicht anwendbar (196 f.).

§ 648. 1. *Levis 170. Im Inlande (i. S. d. Abs. 2) ist auch derjenige, der kraft den für den allgemeinen Gerichtsstand maßgebenden räumlichen Beziehungen einem deutschen Schutzgebiets- oder Konsulargerichte untersteht; nur bei Beamten ist hiervon eine Ausnahme aufzustellen.

2. R. **06** 508 (Cassel). Eines förmlichen Einleitungsbeschlusses bedarf es bei dem Entmündigungsverfahren nicht.

§ 650. R. **06** 508 (Cassel). Bei einer Überweisung der Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Amtsgericht müssen in jedem einzelnen Falle die konkreten Verhältnisse klargelegt werden, welche die Überweisung an das Gericht des Aufenthaltsortes geboten erscheinen lassen. Die bloße Tatsache, daß der zu Entmündigende sich in einer zum Bezirke des anderen Amtsgerichts gehörenden Irrenanstalt aufhält, vermag die Überweisung nicht zu begründen (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 und 2 ff., **4** Ziff. 1 und 2).

§ 652. *Levis 251. Der Staatsanwalt kann auf die Benachrichtigung von einzelnen bestimmten Terminen verzichten; ein allgemeiner Verzicht ist unzulässig.

§ 654. 1. *Levis 266 ff. Weitergehende Zwangsmittel, als §§ 654 f., 656 zulassen, können auf Ersuchen des deutschen Entmündigungsrichters von einem auswärtigen Gerichte angewendet werden, wenn dies nach dem Rechte des ersuchten Richters zulässig ist.

2. BayObLG. **7** 36, BayRpflZ. **06** 123. Die Vorschrift, daß die zu entmündigende Person unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen persönlich zu vernehmen ist, bezweckt die Erhöhung des Schutzes gegen voreilige und ungerechte Entmündigung; sie wird deshalb regelmäßig durch das entscheidende Gericht dann zu erfolgen haben, wenn dieses voraussichtlich erst durch die

Vernehmung des zu Entmündigenden, durch den Augenschein, eine untrügliche, jeden Zweifel über dessen Geisteszustand ausschließende Grundlage für die Entscheidung gewinnen kann. In Fällen dieser Art läßt sich annehmen, daß es „mit Rücksicht auf die Verhältnisse des zu Entmündigenden erforderlich erscheint", die Verhandlung und Entscheidung dem Gericht zu überweisen, in dessen Bezirk der zu Entmündigende sich aufhält. — Wenn aber begründete Zweifel über die Geisteskrankheit der zu entmündigenden Person nicht bestehen können, so daß ihre persönliche Vernehmung durch das entscheidende Gericht nicht mehr von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung sein kann, rechtfertigt sich die Vernehmung durch einen ersuchten Richter.

§ 657. Vgl. Art. 23 EGBGB.

§ 658. 1. KGBl. **06** 18 (LG. I Berlin). Im Falle der Ablehnung der Entmündigung hat die Staatskasse die durch die Vertretung der zur Entmündigung gestellten Person entstandenen Anwaltskosten zu tragen. Übereinstimmend BreslauAK. **06** 55 (LG. Breslau).

2. NaumburgAK. **06** 15 (LG. Cöln), vgl. JDR. **4**.

§ 664. Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft s. o. zu § 578.

§ 676. *Levis 162 ff. Zur Wiederaufhebung einer Entmündigung, welche über einen — später in Deutschland naturalisierten — Ausländer im Auslande verhängt wurde, ist das im § 648 Abs. 2 bezeichnete Gericht zuständig.

§ 680. 1. *Levis 193. Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche nach dem maßgebenden Einzelstaatsrechte antragsberechtigt ist, kann ihr Antragsrecht auch außerhalb jenes Einzelstaates ausüben.

2. Vgl. o. zu § 645.

§ 684. 1. Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft s. o. zu § 578.

2. PosMschr. **05** 169 (Stettin). Der Ehegatte, auf dessen Betreiben die Entmündigung des anderen Ehegatten erfolgt ist, bleibt auch nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe für die Klage auf Aufhebung der Entmündigung passiv legitimiert.

§ 685. Vgl. zu § 676.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§ 695. SeuffBl. **05** 491, NaumburgAK. **06** 44 (LG. München I). Ein durch erhobenen Widerspruch entkräfteter Zahlungsbefehl kann durch Zurücknahme des Widerspruchs nicht wieder in Kraft gesetzt werden. Übereinstimmend: Pos. Mschr. **06** 16 (LG. Bromberg).

Zu §§ 696, 697. Blanckmeister, R. **06** 1421. Wenn nach Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl der Kläger nur einen Teil der Mahnsumme einklagt, muß der Beklagte, um Abweisung des ganzen Anspruchs wirksam beantragen zu können, Widerklage erheben.

§ 697. 1. RG. JW. **06** 143. Die nach Erlaß eines Zahlungsbefehls fristgemäß bei dem LG. erhobene Klage braucht den Inhalt des Zahlungsbefehls nach Gegenstand und Grund des Anspruchs nicht zu wiederholen; es genügt vielmehr der Hinweis auf den die Rechtshängigkeit begründenden und bereits in den Händen des Schuldners befindlichen Zahlungsbefehl. Dieser Hinweis ist erfolgt, wenn Kläger zu erkennen gibt, es solle über den zunächst im Mahnverfahren von ihm geltend gemachten Anspruch verhandelt werden.

2. DJZ. **06** 972 (Cöln). Das AG. hatte den Einspruch gegen einen 300 M. übersteigenden Vollstreckungsbefehl für zulässig erklärt (§ 700). Der Gläubiger erhob keine Klage, dagegen lud ihn der Mahnschuldner innerhalb der sechsmonatigen Frist vor das Landgericht mit dem Antrag auf Abweisung des

im Mahnverfahren erhobenen Anspruchs. Der Gl. ließ sich ein und beantragte in der mündlichen Verhandlung die Zuerkennung seines Anspruchs. Mangels Rüge des verzichtbaren Mangels formgerechter Klagerhebung (§§ 697, 253, 295) wurde zur Sache erkannt, auch über die Kosten des Mahnverfahrens.

3. PosMschr. **05** 169 (Marienwerder). Die Fortsetzung des vom Konkursverwalter anhängig gemachten Mahnverfahrens durch Klage des Zessionars des Konkursverwalters im gewöhnlichen Prozeßverfahren ist zulässig, sofern der Gegner sich auf eine sachliche Verhandlung mit ihm eingelassen hat.

§ 699. HessRspr. 7 133 (LG. Darmstadt). Aus der Tatsache allein, daß einer Person an einem anderen Orte als dem, der als ihr Wohnsitz angegeben und zur Zeit des Antrags auf Erlaß des Zahlungsbefehls zweifellos auch ihr Wohnsitz war, der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, kann bei Erlaß des Vollstreckungsbefehls auf eine Aufgabe des Wohnsitzes und Verlegung des Wohnsitzes nach dem Zustellungsort nicht geschlossen werden. Zu weiteren vorgängigen Ermittelungen nach dieser Richtung ist das AG. in diesem Stadium des Verfahrens so wenig berechtigt, wie es hierzu bei Eingang des Antrages auf Erlaß des Zahlungsbefehls berechtigt und veranlaßt war. Der Vollstreckungsbefehl darf daher aus diesem Grunde nicht verweigert werden, und es ist der Schuldnerin zu überlassen, im Wege des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl die Verlegung ihres Wohnsitzes vor Zustellung des Zahlungsbefehls nachzuweisen (vgl. JDR. 4).

§ 700. KGBl. **06** 47 (KG.). Ein vollstreckbarer Zahlungsbefehl hat dieselbe Wirkung der Rechtskraft wie ein Urteil; der Klage gegen den Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen (vgl. JDR. **1**).

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Zu §§ 704 ff. Literatur: Biermann, Zwangsvollstreckung aus einem verkündeten Endurteile, dessen vollständige Abfassung unmöglich wird, BuschsZ. **35** 201.

1. Biermann aaO. unterscheidet für die Frage, wie sich die weitere Rechtsverfolgung aus einem verkündeten Endurteil, dessen vollständige Abfassung — infolge Behinderung des Richters — unmöglich wird, gestalte, kontradiktorische Urteile, Versäumnisurteile und Kostenurteile. a) Das unvollständige kontradiktorische Urteil kann nicht ausgefertigt und nicht zugestellt werden (§ 317, vgl. **RG. 37** 402). Deshalb kann aus ihm keine Zwangsvollstreckung erfolgen (§ 750) und es kann auch nicht mit Berufung oder Revision angefochten werden (§§ 516 Abs. 2, 552 Abs. 2). Seine Rechtskraft ist aber durch die Zustellungsmöglichkeit nicht bedingt (§ 312 Abs. 2). Es wird, da die Rechtskraft durch die Zulässigkeit von Rechtsmitteln nicht gehemmt ist, mit der Verkündung rechtskräftig. Da das Urteil aber nicht vollstreckt werden kann, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet, nur durch neue Klage zum Ziele gelangen. In dem neuen Prozeß ist der Richter infolge der Rechtskraft des ersten Urteils an die in ihm enthaltene Entscheidung gebunden. (Abw. Mosler, JDR. 4 § 315.) b) α. Das unvollständige, gegen den Kläger erlassene Versäumnisurteil ist, da die Einlegung des Einspruchs von der vorgängigen Zustellung des Urteils nicht abhängt (**RG.** 3 408, **9** 420), mittels Einspruchs anfechtbar. Das Verfahren ist dann das gewöhnliche. β. Ist das Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergangen, hat also nur dieser das Recht, Einspruch zu erheben, so muß, wenn der Beklagte Einspruch nicht erhebt, der Kläger von neuem klagen. c) Bei Kostenurteilen steht der Beseitigung der Unvollständigkeit durch sofortige

Beschwerde (§ 99 Abs. 3) ein Hindernis nicht entgegen, da diese Zustellung der angefochtenen Entscheidung nicht voraussetzt.

2. *Pagenstecher tritt GruchotsBeitr. **50** 288 ff. — vgl. zu §§ 803 ff. — der von Stein und anderen Anhängern der Theorie vom Rechtsschutzanspruch verteidigten Auffassung — nach welcher der Gläubiger kraft seines „Vollstreckungsanspruchs" lediglich einen Anspruch gegen die staatlichen Organe hat, daß diese die ihnen zustehende Zwangsgewalt in seinem Interesse ausübe — als unvereinbar mit der vom Reichsgericht und auch von Stein vertretenen Ansicht entgegen, wonach der Gerichtsvollzieher als „beauftragter" Vertreter des Gläubigers die Zwangsvollstreckung vornimmt.

§ 704. Abs. 2. *Kuttner, IheringsI. **50** 515 ff., 527. Urteile, welche das Statusverhältnis der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" feststellen, können nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Dagegen findet § 704 Abs. 2 keine Anwendung bei Feststellungsurteilen über die „uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB."; sie sind wie alle anderen gewöhnlichen Feststellungsklagen zu behandeln.

§ 706. Literatur: Burghart, Unterbrechung des Verfahrens nach der Verkündigung des Urteils und die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegen die Erben der verstorbenen Partei, JustdRundsch. **06** 68 ff., — s. auch zu § 727.

*Burghart, JustdRundsch. **06** 72. Zu der dem Gerichtsschreiber obliegenden Prüfung, ob die Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist abgelaufen ist, gehört auch, ob diese Frist begonnen hat und ob sie nicht unterbrochen worden ist. Der Gerichtsschreiber hat daher vor Erteilung des Rechtskraftzeugnisses danach zu fragen, ob die im Urteil bezeichneten Parteien überhaupt noch leben. Erfährt er oder ist ihm bekannt, daß eine Partei nach Verkündung des Urteils gestorben ist, dann hat er sich zu vergewissern, ob nicht etwa eine Unterbrechung des Verfahrens herbeigeführt wurde. Mit Hilfe des Erbscheins, dessen Vorlage er jedenfalls fordern kann, und des Nachweises der Zustellung des Urteils wird die Prüfung nicht schwer sein. Grundsatz ist, daß das Rechtskraftzeugnis nur erteilt werden darf, wenn das Urteil entweder zu Lebzeiten der Parteien rechtskräftig geworden ist oder ein rechtskräftiges Ergänzungsurteil gegen die Erben in Ansehung der Aufnahme des Verfahrens ergangen ist. Erteilt der Gerichtsschreiber für ein nicht rechtskräftiges Urteil ein Rechtskraftzeugnis, so kann der Schein der Rechtskraft nur noch in der Zwangsvollstreckungsinstanz zerstört werden.

§ 707. Abs. 2. **a**) Der Meinung, daß trotz § 707 Abs. 2 Beschwerde gegeben sei, wenn geltend gemacht wird, die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung aus § 707 sei zu Unrecht verneint oder angenommen — vgl. JDR. **1** zu § 707 Ziff. 7a, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 1a —, ist beigetreten KG., OLG. **13** 178. **b**) SchlHolstAnz. **06** 335 (Kiel). Die Anfechtung des auf Grund des § 707 Abs. 2 erlassenen Beschlusses ist dann ausgeschlossen, wenn § 707 unrichtig angewendet ist oder das Gericht von seinem Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht hat.

§§ 708 ff. Literatur: Auerbach, Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt, KGBl. **06** 2 f. — Raydt, Die vorläufige Vollstreckbarkeit. Leipzig 1904.

1. *Auerbach aaO. führt gegen Thal — JDR. **4** §§ 708 ff. — aus: Die Urteile, welche sich nur über Kosten aussprechen, unterliegen, außer wenn es sich um Versäumnisurteile handelt, nur der sofortigen Beschwerde, sind also an sich (vorläufig) vollstreckbar (§ 794 Abs. 1 Ziff. 3). Klagabweisende Urteile können auch für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, da sie sachlich die Entscheidung enthalten: „Kläger wird verurteilt, die Kosten zu tragen" und da das Gesetz den Ausdruck „Gläubiger" (also Kostengläubiger) gebraucht. Ausgenommen sind

aus guten Gründen Ehe- und Statusklagen. Vgl. die Ausführungen desselben Verf. GruchotsBeitr. **29** 623 ff.

2. Raydt aaO. gelangt nach ausführlicher Darlegung der einander widersprechenden Meinungen von Boost, WenglersA. **81** 321 ff., Hallbauer, GruchotsBeitr. **27** 14 ff., Auerbach, GruchotsBeitr. **29** 615 ff. — vgl. auch o. zu 1 —, Just, AZivPr. **68** 123 ff., Gmelin, WürttZ. **5** 227 ff., Forkel, Vorläufige Vollstreckbarkeit, zu dem Ergebnis, daß nach dem Begriff der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur solche Urteile für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfen, die eine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne ermöglichen. Dies sind aber nur die Urteile, die eine Verurteilung zu einer Leistung hinsichtlich der Hauptsache aussprechen. Feststellungsurteile, klagabweisende Urteile und alle Urteile, die eine Partei nur zur Tragung der Kosten verurteilen, sind von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausgeschlossen (101).

§ 709. Ziff. 3. *L. Perels, GoldschmidtsZ. **57** 353. „Schiffer" bezieht sich hier im Gegensatz zu § 904 Ziff. 3 nicht bloß auf die See-, sondern auch auf die Binnenschiffahrt.

§ 710. 1. OLG. **13** 179 (Karlsruhe). Da die vom Kläger zu leistende Sicherheit nur dazu bestimmt ist, dem Beklagten für allen ihm aus der Durchführung der Vollstreckung drohenden Schaden Deckung zu gewähren, so kommt für die Bemessung der Höhe der Sicherheit nur der einer Vollstreckung fähige Teil des Urteils in Betracht, bei einem Urteil also, das teils auf Feststellung, teils auf Leistung lautet, nur der die Leistungspflicht aussprechende Teil.

2. KGBl. **06** 48 (KG.) betr. die Entbehrlichkeit der Sicherheitsleistung des preußischen Fiskus aus § 710 = OLG. **11** 96, s. JDR. **4** § 710 Ziff. 3.

3. Die JDR. **4** § 710 Ziff. 2 erwähnte, RheinARV. **23** 182 mitgeteilte Entscheidung — Verneinung der Zulässigkeit der Vollstreckbarkeitserklärung gegen Hinterlegung des „jeweilig beizutreibenden Betrags" — ist eine Entscheidung des LG. Halle, nicht des LG. Hamburg, wie JDR. **4** irrtümlich angegeben ist.

§ 711. BreslauAK. **06** 21 wird eine Verfügung des OLGPräs. in Breslau v. 4. 4. 06 mitgeteilt, aus der hervorgeht, daß sämtliche Senatsvorsitzende des OLG. darüber einig waren, daß es korrekter sei, bei Anwendung des § 711 im Falle der Zurückweisung der Berufung gegen ein verurteilendes Erkenntnis erster Instanz nur das Berufungsurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, und daß die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils erster Instanz schon aus diesem Ausspruch im Urteil zweiter Instanz folge. Vgl. JDR. **1** § 711 Ziff. 3, **3** § 711 Ziff. 1.

§ 713. Abs. 2. **RG.** R. **06** 625. In den Fällen des § 708 ist das Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn der Kläger sich nur „eventuell" zur Sicherheitsleistung erbietet.

§ 715. 1. PosMschr. **06** 86 (KG.). Hat das Gericht Bedenken, die Rückgabe der vom Gläubiger geleisteten Sicherheit lediglich auf Grund des Rechtskraftzeugnisses anzuordnen, so ist es berechtigt, den Gläubiger auf den Weg des § 109 zu verweisen. — Durch die §§ 109, 715 wird die Befugnis der Hinterlegungsstellen, nach Maßgabe der für sie geltenden Bestimmungen des Landesgesetzes die Sicherheit ohne gerichtliche Anordnung zurückzugeben, nicht berührt.

2. Die Streitfrage, ob der prozeßbevollmächtigte Anwalt für den nach § 715 gestellten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit die besondere Gebühr des § 24 RAGebO. beanspruchen kann — vgl. JDR. **1** § 715 Ziff. 3, **3** § 715 Ziff. 3, **4** § 715 Ziff. 3 —, ist bejaht vom OLG. Dresden, SächsOLG. **27** 183 (3. und 8. Senat), verneint vom OLG. Breslau, R. **06** 251, OLG. Colmar, R. **06** 447 und OLG. Königsberg, PosMschr. **06** 60.

§ 717. Abs. 1. 1. Raydt aaO. 32. Wenn es auch dahingestellt bleiben kann, ob dadurch, daß auf ein unbedingt verurteilendes Erkenntnis erster Instanz ein — durch Eid — bedingtes Berufungsurteil ergeht, das erste Urteil in allen Fällen in der Hauptsache aufgehoben oder abgeändert wird, so erscheint jedenfalls die Vollstreckbarkeitserklärung des ersten Urteils durch das zweitinstanzliche unter allen Umständen als aufgehoben. Dasselbe gilt auch, wenn auf den Einspruch gegen ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil ein bedingtes Endurteil erlassen wird (aM. Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Seuffert, Petersen-Anger zu § 343 ZPO., WenglersA. **85** 22 ff.), sowie dann, wenn das Amtsgericht nach Einlegung des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbefehl betr. einen nicht vor die Amtsgerichte gehörigen Anspruch durch Zwischenurteil dahin erkennt, daß der Einspruch zulässig sei (§ 700).

2. OLG. **13** 180 (Naumburg). Die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urteils wird durch das die Entscheidung in der Hauptsache aufhebende oder abändernde Berufungsurteil nicht endgültig außer Kraft gesetzt. Sie lebt vielmehr wieder auf, sobald das Berufungsurteil seinerseits durch ein Erkenntnis der Revisionsinstanz (unter Zurückverweisung der Sache in die zweite Instanz — § 565 —) aufgehoben wird.

3. **RG. 63** 330. Durch die Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils wird dem Schuldner nicht das Recht genommen, in der Berufungsinstanz eine neue Aufrechnungseinrede geltend zu machen, sofern diese nach § 529 noch vorgeschützt werden kann.

Abs. 2. I. 1. Görres, Haftung für Kosten und Schäden, BuschsZ. **35** 365 ff., ordnet die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 dem Begriffe des von ihm sog. „negativen Prozeßinteresses" unter. Im einzelnen gelangt er u. a. zu folgenden Ergebnissen: Keine Ersatzpflicht besteht, wenn das vollstreckbare Urteil auf Grund von Einwendungen aufgehoben wird, die erst nach der Vollstreckung entstanden sind, weil hier die Vollstreckung zur Zeit ihrer Vornahme objektiv rechtmäßig war. Ebenso Gaupp-Stein (4) zu § 717 (372). AM. Raydt aaO. 43 auf Grund des Wortlauts des Gesetzes. — Gegen den Schadensersatzanspruch sind Einreden, insbes. auch die der Aufrechnung zulässig (379). Ein forum delicti commissi (§ 32 ZPO.) ist für den Anspruch nicht gegeben (380).

2. Raydt aaO. Der Antrag aus § 717 Abs. 2 muß, wenn er in dem anhängigen Rechtsstreite gestellt wird, vor Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Aufhebungsurteil ergeht, angebracht werden. Er kann auch noch im Läuterungsverfahren und in der Revisionsinstanz gestellt werden (50). Gegenüber dem Antrage des Beklagten sind materiell-rechtliche Einreden und eine Klagerweiterung (§ 268 Abs. 2) zulässig. Nur neue Ansprüche, die nach § 529 Abs. 2 in der höheren Instanz nicht erhoben werden dürfen, können auch als Verteidigungsgründe vom Kläger nicht verwendet werden (54). — § 254 BGB. (konkurrierendes Verschulden) findet keine Anwendung (45). Ebenso Wach, DJZ. **96** 66 ff. Abw. die mit dem KommB. z. ZPONovelle 174, 175 übereinstimmende herrschende Ansicht. Vgl. JDR. **4** § 717 Ziff. 2 b, auch u. zu II Ziff. 3.

II. 1. **a**) **RG.** JW. **06** 719. Für den Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist es gleichgültig, aus welchen Gründen die Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils erfolgt ist. **b**) OLG. **13** 180 (Naumburg). Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist auch dann gegeben, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil ohne Entscheidung in der Sache selbst — z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts — aufgehoben wird. — Nach § 249 BGB. muß der Schadensersatzpflichtige den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der schädigende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Beklagte kann deshalb gegenüber dem Schadensersatzanspruche nicht geltend machen, daß ihm die Forderung,

wegen deren sich das Gericht des Vorprozesses für unzuständig erklärt hat, materiell zustehe, und daß er mit ihr aufrechne. Denn dies würde den Kläger zwingen, sich in dem Schadensersatzprozesse gegen die Forderung des Gegners zu verteidigen, für welche die Zuständigkeit des Gerichts des Vorprozesses endgültig beseitigt war, ihn somit schädigen. Vgl. JDR. **1** § 717 I, **3** § 717 Ziff. 6, 7.

2. Über den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Vollstreckung und dem eingetretenen Schaden handelt **RG.** BadRpr. **06** 315 im engen Anschluß an einen ihm vorliegenden Fall. U. a. weist es darauf hin, daß gemäß § 803 schon die Pfändung als Vollstreckung im Sinne des § 717 Abs. 2 aufzufassen sei.

3. **RG.** BayRpflZ. **06** 15. Bei Prüfung der Frage, ob den Schuldner, gegen den auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils Zwangsvollstreckung betrieben ist, ein Mitverschulden an dem ihm erwachsenen Schaden trifft, ist auch zu prüfen, ob er es etwa unterlassen hat, den Gläubiger auf die Gefahr eines mit der Versteigerung der gepfändeten Sachen verbundenen ungewöhnlichen Schadens aufmerksam zu machen. Vgl. auch JDR. **4** § 717 Ziff. 2b.

4. **a)** PucheltsZ. **06** 466 (Colmar), betr. Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber einem Schadensersatzanspruch aus § 717 = ElsLothJZ. **05** 452, s. JDR. **4** § 717 Ziff. 2a. **b)** Das OLG. Dresden, SeuffA. **61** 176, Sächs. RpflA. **06** 154, erachtet die Aufrechnung jedenfalls dann für zulässig, wenn der Schadensersatzanspruch in einem besonderen Prozesse geltend gemacht wird. Vgl. auch o. zu II 1b; ferner JDR. **1** § 717 II Ziff. 4, **4** § 717 Ziff. 2a.

5. R. **06** 447 (Hamm). Aus § 717 Abs. 2 haftet auch dann der Kläger auf Schadensersatz, wenn nicht er, sondern ein Dritter, dem er die Forderung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil abgetreten hat, die ZwV. betrieben hat.

6. **RG. 63** 367, JW. **06** 472, R. **06** 1145. Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 kann, wie in dem anhängigen Rechtsstreite, so auch in einem besonderen Verfahren verfolgt werden. Er kann auch durch Widerklage geltend gemacht werden. Der Schadensersatzanspruch ist ein einheitlicher. Für die Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes und der Revisionssumme sind deshalb Zinsen und Kosten mitzurechnen. Vgl. JDR. **1** § 717 II Ziff. 3.

7. **RG.** JW. **06** 719. Fällt die Vollstreckung des vorläufig vollstreckbaren Urteils in die Zeit vor dem 1. 1. 00, so kann der Vollstreckungsschuldner einen Anspruch auf § 717 Abs. 2 jetziger Fassung selbst dann nicht stützen, wenn die von dem vollstreckbaren Urteil abweichende spätere Entscheidung nach dem 1. 1. 00 ergangen ist. Vgl. JDR. **1** § 717 II Ziff. 1, 2.

§ 718. 1. Raydt aaO. Wird das erste Urteil, nachdem es gemäß § 718 (§§ 534, 560) — soweit es unangefochten geblieben — in der Berufungsinstanz für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, nachträglich auch in Punkten angegriffen, bezüglich deren die vorläufige Vollstreckbarkeit in der 2. Instanz ausgesprochen ist, so muß der diesbezügliche Beschluß wieder aufgehoben werden. Ebenso Wach, Vorträge 307, 308. Abw. Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger, die den Beschluß selbst bestehen lassen wollen, aber § 719 für anwendbar erklären.

2. R. **06** 251 (Breslau). Das Berufungsgericht darf nach § 718 nicht über neue, erst in der Berufungsinstanz gestellte Anträge auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung vorab verhandeln und entscheiden, wohl aber bei Übergehung eines in erster Instanz gestellten Antrags (§ 714) oder Unterlassung der Vollstreckbarkeitserklärung von Amts wegen (§ 708) den Mangel durch Vorabentscheidung heilen, wenn dies in erster Instanz nachzuholen (§ 716) versäumt ist.

§ 719. 1. OLG. **13** 178 (KG.). Die einstweilige Einstellung der ZwV. gegen Sicherheitsleistung gemäß §§ 719, 707 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß

das Urteil nur gegen eine vom Kläger zu leistende Sicherheit vorläufig vollstreckbar ist. Abw. OLG. Naumburg, JDR. **3** § 719 Ziff. 1; vgl. dort auch weitere Entscheidungen.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **06** 370 f., erachtet — gegen RG. JW. **00** 623, JDR. **1** § 719 Ziff. 5 — grundsätzlich auch einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen für zulässig und will davon Gebrauch machen, wo möglicherweise nach Aktenlage eine Abänderung des untergerichtlichen Urteils in Betracht kommen kann.

§ 722. Literatur: Neumann, Magistratsassessor, Vollstreckungsklage aus ausländischen Urteilen und aus Vergleichen in gewerbegerichtlichen Sachen, BuschsZ. **36** 150. S. zu § 797 Abs. 5.

OLG. **13** 182 (KG.). In dem Verfahren behufs Erlangung eines Vollstreckungsurteils können zur Begründung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts auch neue Tatsachen vorgebracht werden. Für die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist der Zeitpunkt der Klagerhebung vor diesem maßgebend. Dem Erlaß eines Vollstreckungsurteils steht nicht entgegen, daß auf Grund des ausländischen Urteils schon im Auslande eine die Klagansprüche deckende Pfändung erfolgt, Überpfändung aber nach deutschem Rechte (§ 803 ZPO.) unzulässig ist. Denn das Vollstreckungsurteil schafft nur einen Schuldtitel. Ob auf Grund desselben — etwa erst nach Verzicht auf die Rechte aus der schon erfolgten Pfändung — vollstreckt werden kann, ist unerheblich.

§ 723. 1. RG. **61** 69, R. **06** 626. Fallen die klagebegründenden mit den die Zuständigkeit begründenden tatsächlichen Behauptungen zusammen, so hat das deutsche Gericht vor Erlassung des Vollstreckungsurteils die Zuständigkeit des ausländischen selbständig zu prüfen (§ 328 Abs. 1 Ziff. 1).

2. PucheltsZ. **06** 458 (Colmar). Zum Nachweise der Rechtskraft des „faute de comparaître“ erlassenen Versäumnisurteils eines französischen Gerichts genügt weder die Vorlegung eines „Karenzaktes“, noch die Bescheinigung des Gerichtsschreibers, daß kein Einspruch eingelegt sei.

§ 726. 1. BayObLG. **6** 457, SeuffBl. **06** 126. Eine Privaturkunde, die eine Kündigung enthält, wird nicht dadurch zu einer öffentlichen im Sinne des § 726, daß sie durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt wird. Die Urkunde selbst muß vielmehr, zwecks urkundlichen Nachweises der Identität ihres Unterzeichners und des Gläubigers, öffentlich beglaubigt oder in öffentlicher Form aufgenommen sein. Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher weist nur nach, daß die Erklärung dem Schuldner zugegangen ist. Abw. LG. München I, BayRpflZ. **06** 191. — Vgl. JDR. **3** § 726 Ziff. 2. —

2. Abs. 2. (§ 730.) OLG. **13** 185 (Celle). Auch auf die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Erkenntnisses, das den Schuldner gegen Gegenleistung zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, findet § 730 Abs. 1 — Erteilung nur auf Anordnung des Vorsitzenden — Anwendung. Dies folgt sowohl aus der Entstehungsgeschichte der beiden Gesetzesvorschriften als auch daraus, daß im § 726 Abs. 2 für den bezeichneten Fall von der in ihm sonst enthaltenen Ausnahmevorschrift eine Unterausnahme festgesetzt wird, für die also wieder die Regelvorschrift des Abs. 1 Platz greift.

§ 727. 1. *Burghart, JustdRundsch. **06** 72. Gegen die Erben einer Partei darf vor Rechtskraft des Urteils die Vollstreckungsklausel auch dann nicht erteilt werden, wenn das Urteil gegen den Erblasser vorläufig vollstreckbar ist. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist subjektiv auf die im Urteil bezeichneten Parteien begrenzt. Denn Vollstreckung eines Urteils setzt voraus, daß das Urteil gegen den Exequendus wirksam ist. Nun wirkt aber das Urteil gegen die Rechtsnachfolger einer Partei erst mit dem Eintritt der Rechtskraft (§ 325). Da sohin

Rechtskraft und Wirkung zusammenfallen, kann das Urteil trotz der vorl. Vollstreckbarkeit gegen den Rechtsvorgänger vor Eintritt der Rechtskraft nicht vollstreckt werden. Ein Argument für das Gegenteil läßt sich aus § 76 nicht ableiten. Daß die ZPO. hier von „wirksam und vollstreckbar" spricht, hat seinen Grund darin, daß der „Beklagte" im Sinne des § 76 nicht Rechtsnachfolger ist, die §§ 325, 727 nicht zur Anwendung kommen und das Urteil nach dem System der ZPO. gegen den „Beklagten" überhaupt nicht würde vollstreckt werden können, wenn nicht die ausnahmsweise Wirkung und Vollstreckbarkeit ausgesprochen worden wäre.

2. **a)** Menzel, R. **06** 1127. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für oder gegen den Konkursverwalter als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners erscheint zulässig. Dagegen **b)** FrankfRundsch. **40** 80 (Frankfurt). Der Konkursverwalter ist nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 727. Die in den §§ 728, 729 geregelten Fälle sind singulärer Natur, ein allgemeiner Grundsatz läßt sich aus ihnen nicht herleiten. Zur Fortsetzung der Vollstreckung gegen die Konkursmasse bedarf es deshalb einer Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Verwalter nicht. Abw. Gaupp-Stein § 727 III, Hellwig, Anspruch 262, OLG. **5** 450 (Hamburg) und neuerlich LG. München I, BayRpflZ. **06** 107.

3. OLG. **13** 184, SächsRpflA. **06** 206 (Dresden). Keine Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 liegt vor, wenn jemand mit dem ursprünglichen Beklagten eine offene Handelsgesellschaft errichtet. Kumulative Schuldübernahme — wie sie in diesem Falle kraft Gesetzes, § 28 HGB., eintritt — begründet überhaupt nie eine Rechtsnachfolge nach §§ 727 ff. ZPO., da diese begrifflich voraussetzt, daß an die Stelle des bisherigen Trägers des Rechtes oder der Verbindlichkeit ein anderer getreten ist.

4. (§§ 738, 742, 744, 749.) **a)** KGBl. **06** 38, R. **06** 1010 (KG.). Wenn auch in den angeführten Paragraphen nur von Erteilung der Vollstreckungsklausel für oder gegen Dritte die Rede ist, so ist es doch ferner zulässig, zur Aufdeckung der Identität der Parteien die Klausel auf einen anderen Namen (den richtigen Namen) als den im Urteil bezeichneten (Theaternamen) zu schreiben. **b)** OLG. **13** 185 (Hamburg). Ist das Urteil gegen die Firma eines Einzelkaufmanns ergangen, so hat nach Erlöschen der Firma „selbstverständlich" der Inhaber die Zwangsvollstreckung gegen sich unter seinem persönlichen Namen zu dulden, und ist auf Anordnung des Vorsitzenden die Vollstreckungsklausel gegen ihn zu erteilen.

5. R. **06** 188, OLG. **11** 183 (Karlsruhe). Da die Erwirkung der Vollstreckungsklausel ein prozeßrechtlicher Akt ist, so ist der im Urteil bezeichnete Gläubiger ungeachtet einer inzwischen erfolgten Abtretung und unbeschadet der Befugnis des Rechtsnachfolgers zur Erwirkung der Klausel auch seinerseits berechtigt, die Klausel zu beantragen.

6. R. **06** 59 (Marienwerder). Zahlt einer von mehreren verurteilten Wechselschuldnern an den Wechselinhaber, so geht nach Wechselrecht dadurch weder die Forderung des befriedigten Gläubigers auf ihn über, noch ist für eine Abtretung der Rechte desselben Raum. Es leben vielmehr seine eigenen Wechselrechte wieder auf. Er kann daher nicht auf Grund einer ihm erteilten Abtretung des Anspruchs aus dem Wechselurteil eine vollstreckbare Urteilsausfertigung für sich verlangen.

§ 731. KGBl. **06** 47 (KG.). Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel hat nicht zur Voraussetzung, daß der Kläger die Unmöglichkeit dartut, die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, es genügt vielmehr, daß er tatsächlich nicht im Besitze der die Rechts-

nachfolge erweisenden Urkunden ist. Vgl. JDR. **1** § 731 II Ziff. 1, **2** § 731 Ziff. 1.

Zu §§ 735 ff. *Rohs, JW. **06** 591. Das Duldungsurteil kommt nur bei Rechten an fremdem Vermögen vor; es stellt fest, daß das Recht des Gläubigers dem Rechte des Schuldners an dem fremden Vermögen vorgeht. Das Urteil auf Duldung der Vollstreckung (in das fremde Vermögen) kann nicht ersetzt werden durch ein Urteil auf Leistung (aus dem eigenen Vermögen).

§ 739. Literatur: Geib, Die Pfändung eingebrachter, im Besitz des Mannes befindlicher Mobilien. Tübingen 1905. Sonderabdruck aus ACivPr. **97** 161 ff. (s. JDR. 4 § 739 Ziff. 1; vgl. auch **3** § 739 Ziff. 2). — Hase, Zur Lehre vom Duldungsanspruch im gesetzlichen Güterrechte, SächsRpflA. **06** 363 ff. — Landau, Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, ACivPr. **99** 457 ff.

1. **a**) *H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 40 ff., erörtert die Bedeutung der Urteile auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann. Das Urteil auf Duldung der Vollstreckung ist Feststellungsurteil. Objekt der Feststellung ist die Nichtexistenz eines Hinderungsrechts des Mannes gegenüber der Vollstreckung wegen einer bestimmten Frauenschuld (Vollschuld) oder positiv formuliert: die Pflicht des Mannes, die Vollstreckung wegen dieser Vollschuld zu dulden, d. h. die Feststellung der Zulässigkeit eines Vollstreckungszwanges ohne Rücksicht auf den Mann. **b**) Landau aaO. 464. Das den Gläubigern gewährte Eingriffsrecht in das eingebrachte Gut stellt sich dem Manne gegenüber als ein Recht dar, sein Verwaltungsrecht, soweit es der Befriedigung der Gläubiger hinderlich ist, zu beseitigen. Diese Ausschließung erfolgt im Klagewege. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils ist der Anspruch dem Manne gegenüber verwirklicht, sein Verwaltungsrecht, soweit es der Befriedigung des Gläubigers entgegensteht, aufgehoben. Die Klage gegen den Mann ist eine Klage auf Rechtsänderung, das Urteil auf Duldung der ZwV. ein konstitutives.

2. LG. Mainz, HessRspr. **7** 108. Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der ZwV. in das Eingebrachte wird durch seine Verurteilung zur Leistung als Gesamtschuldner neben der Frau nicht ersetzt. Ebenso: Gaupp-Stein § 739 II, Mot. z. BGB. IV 258, OLG. Dresden, SeuffA. **56** 37, OLG. Breslau, das. **56** 162. Vgl. JDR. **1** § 739 II Ziff. 1, **4** § 739 Ziff. 2.

3. **RG.** SeuffA. **61** 113 = **RG. 59** 234, s. JDR. **4** § 739 Ziff. 3. Bei der Klage gegen die Ehefrau auf Leistung, gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut sind die Ehegatten nicht notwendige Streitgenossen.

4. KGBl. **06** 57 (KG.). Sind Ehegatten als Gesamtschuldner verurteilt, so ist, wenn auf Grund des Titels lediglich gegen den Mann Zwangsvollstreckung betrieben, aber eine Sache der Frau gepfändet wird, die Frau zur Widerspruchsklage aus § 771 nicht berechtigt, da auch sie neben dem Manne verurteilt ist, also auch ihr Vermögen mit Recht zur Tilgung der Schuld in Anspruch genommen wird. Ob der Ehemann, weil er nicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte verurteilt worden ist, gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen erheben kann, bleibt dahingestellt.

5. **a**) *Hase 365, 373. Die Verpflichtung des Mannes, die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut zu dulden, ist eine materielle Leistungspflicht (s. o. § 1411 BGB. Ziff. 3). Diese ihm obliegende Leistung kann der Mann freiwillig bewirken. Tut er das, so erübrigt sich der Schuldtitel aus § 739. Erst wenn die Frauenschuld zwangsweise auch ihm gegenüber vollstreckt werden soll, bedarf es des Schuldtitels über die Duldungspflicht. Daher besteht für ihn weder die Verpflichtung, dem Gläubiger gegenüber die Duldungspflicht in einer vollstreckbaren Urkunde anzuerkennen, noch für den Gläubiger im Falle frei-

williger Duldung die Notwendigkeit, für die Vollstreckung sich eine solche Urkunde zu verschaffen. — Der Gläubiger muß sich daher, bevor er Klage gegen den Mann erhebt, vergewissern, ob dieser freiwillig die ZwV. in das eingebrachte Gut dulden werde. Unterläßt er dies und hat der Mann auch sonst nicht, z. B. durch Bestreiten der Frauenschuld, zur Klagerhebung Anlaß gegeben, so treffen den Gläubiger nach § 93 ZPO. die Kosten, wenn der Mann den Duldungsanspruch sofort anerkennt. **b)** Gegen OLG. **5** 398 (KG.) und OLG. **11** 97 SächsRpflA. **06** 229 (Dresden), — JDR. **3** § 739 Ziff. 5, **4** § 739 Ziff. 4, vgl. auch **1** § 739 II Ziff. 9 — nimmt OLG. Posen an, daß der Ehemann nicht verpflichtet ist, dem Gläubiger freiwillig einen vollstreckbaren Duldungstitel in der Form des § 794 Ziff. 5 zu verschaffen, sondern daß er die Pflicht zur Kostentragung gemäß § 93 schon dadurch abwendet, daß er die ZwV. in das Eingebrachte tatsächlich duldet.

§ 740. Die Streitfrage, ob auf Grund eines nur gegen den gütergemeinschaftlichen Mann gerichteten vollstreckbaren Titels Zwangsvollstreckung ohne weiteres auch in die im alleinigen Gewahrsam der Frau befindlichen Gesamtgutssachen betrieben werden könne — vgl. JDR. **1** zu § 740 Ziff. 2, 3, **4** Ziff. 1 —, wird von Full, ABürgR. **29** 138, verneint.

§ 741. 1. Landau aaO. 466. Trotz der allgemeinen Fassung des § 741 ist der Gläubiger dennoch in dem Falle gegen den Mann zu klagen genötigt, in dem die Befriedigung des Gläubigers auf Grund einer Verfügung der Frau stattfinden soll, zu deren Wirksamkeit nach materiellem Rechte die Zustimmung des Ehemanns erforderlich ist.

2. SächsOLG. **27** 470. Auch wenn die Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt und deshalb zur ZwV. in das eingebrachte Gut ein Titel gegen sie allein ausreicht, ist der Gläubiger berechtigt, daneben Klage gegen den Ehemann auf Duldung der Vollstreckung aus § 739 zu erheben (SächsA. **11** 757 ff., OLG. **6** 413). Vgl. JDR. **1** § 741 Ziff. 2, **4** § 741 Ziff. 1.

§ 743. OLG. **13** 186 (Colmar). Nach der Auseinandersetzung ist ein Gesamtgut nicht mehr vorhanden und es bedarf nach den allgemeinen Vorschriften zur Vollstreckung gegen den wegen versäumter Berichtigung einer Verbindlichkeit aus dem Gesamtgute nach § 1480 BGB. persönlich haftenden Ehegatten eines gegen ihn erwirkten Vollstreckungstitels. Wird ohne solchen Titel in ihm gehörige Sachen vollstreckt, so kann er die Widerspruchsklage aus § 771 erheben. Daß er materiell für die Schuld mitverhaftet ist, steht nicht entgegen, da die Verpflichtung ihm gegenüber urteilsmäßig noch nicht festgestellt ist. Vgl. JDR. **3** zu § 743.

§ 744. SeuffA. **61** 375 (Hamburg). Haben nach rechtskräftiger Verurteilung des Ehemanns die Ehegatten die Aufhebung der Gütergemeinschaft vereinbart und sich auseinandergesetzt, so kann der Gläubiger sich behufs ZwV. in die bei der Auseinandersetzung der Frau zugefallenen Gegenstände gemäß § 744 unter Vorlegung eines Güterrechtsregisterauszugs eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Ehemann ergangenen Urteils erteilen lassen. Macht der Gläubiger, statt diesen Weg zu wählen, von dem Rechte Gebrauch, gemäß § 1480 BGB. gegen die Frau auf Duldung der ZwV. zu klagen, und erkennt die Frau den Anspruch sofort an, so treffen die Kosten gemäß § 93 ZPO. den Gläubiger.

§ 750. 1. ElsLothJZ. **06** 293 (Colmar). Bei Verletzung der Vorschriften des § 750 ist Erinnerung nach § 766 zu erheben. Der Klageweg ist ausgeschlossen. Vgl. JDR. **1** § 750 Ziff. 4.

2. Vgl. o. § 16 HGB.

§ 753. BayRpflZ. **06** 124 (München). Nimmt der Gerichtsvollzieher auf ausdrückliche Anweisung des Gläubigers, um den Schuldner zu schonen, eine

Pfändung vor, die deshalb nichtig ist, weil die Pfandsiegel versteckt angebracht sind, und verzichtet der Gläubiger nach Vorhalt des Gerichtsvollziehers auf etwaige Regreßansprüche gegen diesen, so betrifft dieser Verzicht nicht nur die Haftung des Gerichtsvollziehers aus dem Vertrage, sondern auch die als Beamten. Soweit deshalb nach Landesrecht (Art. 60 BayAGBGB.) der Staat für Versehen des Gerichtsvollziehers als Beamten haftet, wird auch er frei.

§ 754. 1. PosMschr. **06** 130 (Posen). Ist der Gerichtsvollzieher nicht mehr im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels (§ 755), so gilt er dem Schuldner gegenüber nicht mehr als ermächtigt, Zahlungen in Empfang zu nehmen.

2. RG. JW. **06** 476, R. **06** 1203. Zahlung an den Gerichtsvollzieher zur Abwendung der Pfändung ist keine den Anspruch tilgende Zahlung.

§ 763. Literatur: Franz, Zur Auslegung des § 763 Abs. 2 ZPO., BuschsZ. **35** 437.

Abs. 2. *Franz aaO. Falls der Schuldner am Orte der Zwangsvollstreckung wohnt, hiernach daselbst eine Zustellung an ihn erfolgen kann, hat eine Zustellung, nicht etwa briefliche Mitteilung stattzufinden, auch wenn die Zustellung aus anderen Gründen nicht bei Gelegenheit der durch die Vornahme der Zwangsvollstreckungshandlung bedingten Anwesenheit des Gerichtsvollziehers selbst bewirkt werden kann. Dies gilt, wie im Falle des § 808 Abs. 3 (Erstpfändung), so auch nach § 826 Abs. 3 im Falle einer Anschlußpfändung, auch wenn diese nicht „an Ort und Stelle" stattfindet. Als „Ort der Zwangsvollstreckung" hat auch letzterenfalls der Ort zu gelten, an dem die Pfandgegenstände sich befinden, nicht etwa der Wohnsitz des Gerichtsvollziehers.

§ 764. Abs. 3. SächsOLG. **27** 165 (Dresden). Ist die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgt, so erfolgt die Zustellung derselben von Amts wegen (§ 329 Abs. 1, 2).

§ 765. LG. München I, BayRpflZ. **06** 146. Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so kann der dem Gläubiger obliegende Nachweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzug ist, nicht durch den Nachweis ersetzt werden, daß dem Gläubiger die Leistung aus einem Grunde unmöglich geworden ist, den er nicht zu vertreten hat.

§ 766. 1. Siber, IheringsJ. **50** 100 ff. Die Vollstreckung darf erst beginnen, wenn die zur freiwilligen Leistung oder wenigstens deren Beginn nach Treu und Glauben erforderliche Zeit fruchtlos verstrichen ist, und auch jetzt noch kann sie der Schuldner durch den Nachweis, daß er die bisherige Nichtleistung nicht zu vertreten habe, durch Einwendung gemäß § 766 verhindern. Dies gilt indessen nur für Fälle, wo zwar die rechtzeitige Erfüllung nicht erfolgt, aber auch nicht dauernd oder vorübergehend, objektiv oder subjektiv unmöglich ist. In den Fällen solcher Unmöglichkeit ist durch Klage aus § 767 geltend zu machen, daß der Anspruch wegen unverschuldeter Unmöglichkeit nicht mehr oder wegen verschuldeter nur noch mit verändertem Inhalt als Schadensersatzanspruch fortbesteht.

2. SächsOLG. **27** 167 (Dresden). Hat der Vollstreckungsrichter die Freigabe der Pfandstücke gemäß § 766 angeordnet, so wird die hiergegen rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde nicht dadurch gegenstandslos, daß inzwischen der Gerichtsvollzieher die Pfandstücke tatsächlich freigegeben hat, denn diese Freigabe ist noch keine endgültige Beendigung der ZwV., da der amtsgerichtliche Beschluß die Rechtskraft noch nicht erlangt hat. Das Landgericht kann die Wiederpfändung anordnen.

§ 767. I. Abs. 1. OLG. **13** 188 (Karlsruhe). Als eine Einwendung im Sinne des § 767 ist auch jede Einwendung des Inhalts anzusehen, daß der Anspruch zeitweilig nicht vollstreckt werden dürfe.

II. Abs. 2. 1. OLG. **13** 189 (Karlsruhe). Die maßgebende Verhandlung, nach der die Einwendungen entstanden sein müssen, um durch Klage aus § 767 geltend gemacht werden zu können, ist die Schlußverhandlung in der Berufungsinstanz.

2. **a)** Das BayObLG. **6** 204, SeuffA. **61** 40 = BayRpflZ. **05** 283 — JDR. **4** § 767 Ziff. 2b — schließt sich dem **RG.** — JDR. **3** § 767 Abs. 2 Ziff. 3 — darin an, daß Einwendungen, die zur Zeit ihrer Entstehung noch durch Einspruch geltend gemacht werden konnten, nicht mehr im Wege der Klage aus § 767 vorgebracht werden können. — Dagegen nimmt **b)** das KG., BuschsZ. **35** 461, an, daß es für die Frage, ob die Einwendungen gegen ein Versäumnisurteil noch durch Einspruch geltend gemacht werden konnten, nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Einwendungen, sondern auf den der Erhebung der Zwangsvollstreckungsgegenklage ankomme. **c)** R. **06** 447 (Colmar). Dadurch, daß eine Einwendung des Schuldners gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch deshalb unzulässig ist, weil sie noch durch Einspruch hätte geltend gemacht werden können, wird nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner einen Anspruch auf Rückforderung des auf das Urteil Geleisteten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes geltend machen kann.

3. BadRpr. **06** 293 (Karlsruhe). Die Klage aus § 767 ist nicht erst dann zulässig, wenn die Vollstreckung begonnen hat, sondern schon dann, wenn sie droht.

III. 1. **a)** R. **06** 311 (Colmar). Mit der Vollstreckungsgegenklage kann eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung, welche der Beklagte vollstreckt hat, dann verbunden werden, wenn der Kläger mit Grund die nochmalige Geltendmachung des Anspruchs des Beklagten nach Fortfall des bisherigen Titels befürchtet. **b)** MecklZ. **24** 207 (Rostock). Durch § 767 wird die Feststellungsklage aus § 256, daß der in dem Urteil zugesprochene Anspruch nicht bestehe, nicht ausgeschlossen. Der Gerichtsstand für diese Klage richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, nicht nach der Sonderbestimmung des § 767 Abs. 1. Vgl. JDR. **3** § 767 Abs. 2 Ziff. 2.

2. **RG.** R. **06** 626. Gegen die Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Vergleiche ist der nach materiellem Rechte zulässige Einwand des Schuldners, daß er nur Zug um Zug gegen Erfüllung der Gegenleistung zu leisten brauche, nur dann unzulässig, wenn aus dem Vergleiche klar hervorgeht, daß diese Abhängigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen ausgeschlossen sein sollte, nicht schon dann, wenn die Vergleichsurkunde diese Abhängigkeit nicht erwähnt.

3. **a)** (§§ 924, 927.) OLG. **13** 189 (Celle). Streitig ist, ob gegenüber einem Arrest oder einer einstweiligen Verfügung Einwendungen, welche den materiellen Anspruch betreffen, durch Klage nach § 767 geltend gemacht werden können und nicht vielmehr nach § 924 oder § 927 durchzuführen sind. (Dafür: Struckmann-Koch, Petersen, dagegen Seuffert.). Auch wenn man auf Grund der §§ 936, 928 die Zulässigkeit der Klage aus § 767 bejaht, ist diese Klage in analoger Anwendung des § 767 Abs. 2 jedenfalls dann auszuschließen, wenn noch unbefristet Widerspruch gegen den Arrest oder die einstweilige Verfügung zulässig ist, ⋙ d. h. wenn ein durch Beschluß erlassener Arrest (einstweilige Verfügung) vorliegt. Red. ⋘ Dagegen **b)** R. **06** 59 (Jena). Die Vollstreckungsgegenklage kann nach § 767 gegen ein Urteil, nach § 795 auch gegen die im § 794 aufgeführten Titel erhoben werden, nicht aber gegen eine einstweilige Verfügung. Es kann deshalb auch nicht im Wege des § 769 Abs. 1 die einstweilige Einstellung der ZwV. aus einer einstweiligen Verfügung erlangt werden.

4. KGBl. **06** 89 (LG. I Berlin). Richtet sich die Klage nicht gegen den im Urteil festgestellten Anspruch, sondern gegen die Gültigkeit des Urteils selbst, so ist sie nicht nach § 767 zu beurteilen und es ist unerheblich, ob der Kläger die jetzt gegen die Gültigkeit des Urteils vorgebrachten Tatsachen schon in der früheren mündlichen Verhandlung hätte geltend machen können. Die Klage gegen die Gültigkeit des Urteils ist vielmehr die negative Feststellungsklage dahingehend, daß dem Beklagten aus dem Urteile keine Ansprüche gegen den Kläger zustehen. Ein solcher Fall der Ungültigkeit des Urteils liegt vor, wenn in ihm der Beklagte nicht mit seinem richtigen, sondern einem gleichklingenden Namen bezeichnet ist.

§ 769. 1. Hartmann, R. **06** 499 ff. Die selbstverständliche Voraussetzung des Wirksamwerdens und des Wirksambleibens der Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Prozeßgericht ist die Anhängigkeit der Widerspruchsklage, da ohne diese ein Prozeßgericht nicht denkbar ist. Infolgedessen ist die Aufhebung eines Einstellungsbeschlusses nicht nur geboten, wenn die erhobene Widerspruchsklage zurückgenommen wird, sondern auch dann, wenn die Klage überhaupt nicht zugestellt worden ist. — Vorschläge über Zusätze zum amtlichen preußischen Formular aaO. u. König, R. **06** 611.

2. OLG. **13** 190 (Stettin). Der § 769 ist im Falle der Klage aus § 323 nicht anwendbar, da diese keine Unterart der Klage aus § 767, vielmehr eine Verallgemeinerung des durch Art. 42 EGBGB. aufgehobenen § 7 Abs. 2 RHaftpflichtG. darstellt.

3. Verhältnis zur einstweiligen Verfügung vgl. u. zu § 935 Ziff. 2.

4. KGBl. **06** 12 wird von einem ungenannten Autor die Einreichung des Vollstreckungsprotokolls zur Erlangung eines Einstellungsbeschlusses für überflüssig bezeichnet. — Dagegen Sillies aaO. 24, der die Vorlegung für unentbehrlich erachtet, um die örtliche und sachliche Zuständigkeit des für die Einstellung angerufenen Gerichts feststellen zu können.

§ 771. Literatur: Goldmann, Die rechtliche Natur der Interventionsklage, GruchotsBeitr. **50** 805 ff. — Metzges, Klageveranlassung und Interventionsprozeß, GruchotsBeitr. **50** 612 (s. o. Ziff. I 2 d α zu § 93). — Pretsch, Die Begründung der Interventionsklage nach geltendem Recht, ACivPr. **99** 445 ff.

I. Begründung der Klage. **a)** Goldmann aaO. erwähnt einleitend die verschiedenen vor 1900 in die Erscheinung getretenen Auffassungen über die rechtliche Natur der Interventionsklage und führt dann insbes. an der Hand der Vorschriften der §§ 1006, 1007 BGB. aus, daß seit 1900 die Klage jedenfalls nicht mehr als materiell-rechtliche — aus dem Eigentum, aus dem besseren Rechte zum Besitze usw. —, sondern nur als rein prozeßrechtliche Klage aufgefaßt werden könne. Er legt weiter dar, die Worte: „ein die Veräußerung hinderndes Recht" im § 771 seien dahin auszulegen, daß dem Intervenienten ein Recht zustehen müsse, welches die Veräußerung der Sache durch den Schuldner hindere (821). Dies treffe nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei denjenigen obligatorischen Rechten zu, welche für den Schuldner die Verpflichtung zur Restitution der ihm vom Intervenienten anvertrauten Sache begründen (Miete, Pacht, Leihe, Hinterlegung). Nicht genügend sei dagegen ein bloßes obligatorisches Recht auf Übereignung, wie es z. B. der Käufer gegen den Verkäufer habe; denn der Verkäufer sei rechtlich nicht gehindert, die Sache zu veräußern, auch ein bösgläubiger Dritter erwerbe Eigentum an ihr. Die nach § 137 BGB. wirksame obligatorische Verpflichtung, über eine Sache nicht zu verfügen, sei ebenfalls kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO. Wohl aber könne, wenn der Käufer gegen den Verkäufer ein gerichtliches Veräußerungsverbot im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkt habe, der Käufer

gegen eine Pfändung intervenieren (§ 772 ZPO.). Auch ein fiduziarisches Rechtsverhältnis könne die Grundlage einer Intervention bilden (823). (Ebenso OLG. Dresden, OLG. **6** 415 — JDR. **3** § 771 Abs. 1 I 1.) Ziel der Widerspruchsklage sei lediglich die Aufhebung der Zwangsvollstreckung (824). Auf die Schadensersatzansprüche des Intervenienten fänden die §§ 823 ff. BGB. Anwendung (825). Ebenso die Entsch. des RG. JW. **06** 20 — u. zu II 3b —, auf die Goldmann verweist. **b**) Pretsch aaO. schließt sich dagegen der materiellrechtlichen Theorie an und versagt auf Grund derselben die Interventionsklage dem nur obligatorisch Berechtigten. Die Klage sei nach BGB. auch weder als Besitzentziehungsklage oder Besitzstörungsklage (§§ 861, 862 BGB.) noch als Klage des früheren Besitzers (§ 1007 BGB.) zu begründen. Sie stehe nur dem Eigentümer zu und zwar nicht als rei vindicatio (§ 985), sondern als negatoria (§ 1004 BGB.).

II. 1. Anwendbarkeit auf ZwV. in Rechte. Insbesondere der Fall des § 847. **a**) OLG. Colmar, DJZ. **06** 828, R. **06** 123, JustdRundsch. **06** 101, ElsLothJZ. **06** 496, R. **06** 123. § 771 findet auch bei ZwV. in Rechte Anwendung. Daß die gepfändete Forderung im Pfändungsbeschluß nicht nach Entstehungsgrund und Höhe genau bezeichnet ist, steht der Widerspruchsklage nicht entgegen, wenn die Identität sonst unzweifelhaft feststeht. **b**) OLG. **12** 69, R. **06** 311 (KG.). § 771 findet, wie mit dem RG. **4** 112, **12** 380, **18** 376, **31** 382, **43** 403 anzunehmen ist, auch auf beschlagnahmte Forderungen Anwendung. **c**) SächsRpflA. **06** 56 (Dresden). Die Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen führt in regelmäßiger Entwickelung zur Begründung eines Pfandrechts an den Sachen selbst und sodann zur Veräußerung der Sachen (§ 847). Der Dritte, dem an den Sachen selbst ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, muß deshalb in der Lage sein, schon der Anspruchspfändung gegenüber die Widerspruchsklage zu erheben. (Abw. KG., OLG. **7** 352.) Vgl. JDR. **3** § 771 Abs. 1 II Ziff. 1.

2. Aktivlegitimation. **a**) RG. SeuffA. **61** 482, PucheltsZ. **06** 591. Wird ein im Miteigentum mehrerer stehender Gegenstand auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen einen der Miteigentümer gepfändet, so steht den anderen die Widerspruchsklage zu. § 1009 BGB. steht nicht entgegen. **b**) ElsLothJZ. **06** 42 (Colmar). Wird auf Grund eines gegen den Erblasser erwirkten Vollstreckungstitels nach Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen seine Witwe als seine Erbin ZwV. in ein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögensstück derselben betrieben, so kann sie als „Dritte" der ZwV. gemäß § 771 widersprechen, sobald sie nachweist, daß sie als Erbin nur beschränkt haftet. **c**) Heilbrunn, HoldheimsMSchr. **06** 97. Auch das Treuhandverhältnis ist ein die Veräußerung hinderndes Recht. **d**) HessRspr. **7** 114 (Darmstadt), RG. DJZ. **06** 1317. In einer Strafsache hatte der Verteidiger eine ihm von einem Verwandten A. des Angeschuldigten B. übergebene Summe behufs Entlassung seines Klienten aus der Untersuchungshaft bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt, dabei aber lediglich seinen Klienten B. als Hinterleger bezeichnet. Als nach Beendigung der Untersuchung von einem Gläubiger des B. dessen Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle auf Rückzahlung der Kaution gepfändet wurde, erhob A. Klage gemäß § 771 ZPO. Dieselbe wurde wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen. **e**) RG. BayRpflZ. **06** 479. Hat nicht derjenige, der das Recht aus der Erfindung für sich beanspruchen durfte, sondern ein Dritter auf seinen eigenen Namen das Patent für die Erfindung angemeldet, so hat — wenn der Ausnahmefall des § 3 Abs. 2 PatentG. nicht vorliegt — nur der Dritte Anspruch auf Erteilung des Patents. Der aus der Erfindung Berechtigte kann daher der Pfändung des Patentrechts gegen den anmeldenden Dritten nur widersprechen,

wenn ihm entweder das Recht aus der Anmeldung oder das bereits erteilte Patent in irgendeiner Form übertragen worden ist. **f)** OLG. Dresden, BuschsZ. 35 570. Veräußert der Schuldner die gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen fremden Pfandgegenstände nach Entfernung der Pfandmarken an einen gutgläubigen Dritten, so erwirbt dieser Eigentum an den Gegenständen (§§ 932 ff. BGB.). Erfolgt die Veräußerung nach Rechtshängigkeit der Widerspruchsklage, so kann der beklagte Pfändungspfandgläubiger den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation erheben, da das Urteil nach § 325 Abs. 2 ZPO. gegen den gutgläubigen Erwerber nicht wirksam sein würde.

3. Ziel der Klage. **a)** **RG.** SeuffA. **61** 251 = JW. **05** 730 — JDR. **4** § 771 I Ziff. 2a. Ziel der Widerspruchsklage aus § 771 ist, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde. Mag auch im einzelnen Falle das Urteil unzutreffenderweise dahin gefaßt sein, der Beklagte werde zur Freigabe verurteilt, so gewährt ein solches Urteil dem obsiegenden Widerspruchskläger doch kein Recht auf eine von dem Beklagten zu bewirkende Leistung (Pfandentlassung). Vgl. Planck, ZivProzeßrecht II § 179, Wilmowski-Levy § 690 aF. Note 4, Struckmann-Koch § 771 Note 3, Gaupp-Stein § 771 Ziff. III, VI. **b)** **RG.** **61** 430, JW. **06** 20. Die Exekutionsinterventionsklage aus § 771 hat zum Gegenstande die Beseitigung der Pfändung. Den Pfändungsgläubiger soll — wenn die Klage vom Dritteigentümer erhoben ist — nicht sowohl die Sache als Besitzer dem Eigentümer zurückgeben, wie sein äußerlich bestehendes Pfandrecht, das sich mit dem Eigentume, als dem die Veräußerung hindernden Rechte in Widerspruch setzt und einen unrechtmäßigen Eingriff in dieses Recht enthält, aufgeben; er soll die Sache freigeben und damit die Unwirksamkeit der Pfändung anerkennen. Deshalb finden auf die aus der ungerechtfertigten Pfändung herzuleitenden Schadensersatzverpflichtungen nicht die Sondervorschriften über die Verletzung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers durch den Besitzer (§§ 987—993 BGB.), sondern die allgemeinen Normen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.) Anwendung. S. o. zu Ia.

4. Einwendungen. BadRpr. **06** 95 (Karlsruhe). Gegenüber der auf Grund des Eigentums an den gepfändeten Sachen erhobenen Widerspruchsklage kann ein Einwand — exceptio doli — nicht darauf gestützt werden, daß der Kläger materiell selbst Schuldner sei. Denn wer als Schuldner in Anspruch genommen werden soll, ist berechtigt, zu verlangen, daß zuvor seine Schuld in einem gegen ihn gerichteten Verfahren festgestellt wird. Vgl. **RG.** JDR. **4** § 771 Ziff. 5.

5. Bereicherungs- und Schadensersatzanspruch gegen den Pfändungsgläubiger. **a)** Abweichend von Oertmann, ACivPrax. **96** 1 — JDR. **3** § 771 IV — aber in Übereinstimmung mit der herrschenden Theorie und Praxis (vgl. Neumann II 1 α und IV zu § 816, Dernburg III 600 Anm. 2, Crome, II 995 Anm. 7, v. Mayr, Bereicherungsanspruch 286 ff., 436, OLG. **2** 253 (Stuttgart) und SächsA. **14** 228 [Dresden]) und dem für das frühere preußische Recht und zuletzt auch für das gemeine Recht von ihm eingenommenen Standpunkte gewährt das **RG.** JW. **06** 15, SächsRpflA. **06** 52, JustdRundsch. **06** 88, dem Dritteigentümer, dessen Sachen versteigert sind, einen Bereicherungsanspruch gegen den Pfändungspfandgläubiger. Vgl. auch JDR. **4** § 771 Ziff. 6b. **b)** ElsLothJZ. **06** 29 (Colmar). Der Gläubiger, der bei seinem Schuldner eine einem Dritten gehörige Sache gepfändet und daraufhin hat versteigern lassen, ist dem Dritten jedenfalls dann gemäß § 823 Abs. 1 BGB. schadensersatzpflichtig, wenn er nicht bloß von dem Eigentumverhältnis Kenntnis hatte, sondern den Dritten sogar durch seine eigenen Erklärungen von der Geltendmachung des

Eigentumsrechts im Wege der §§ 771, 769 abgehalten hat. **c)** **RG. 61** 430 s. o. Ziff. 3 b.

6. Kosten des Interventionsprozesses. S. o. Ziff. I 2 d zu § 93.

III. Abs. 3. Haftung für unberechtigte Einstellung der ZwV. (§ 769). **RG. JW. 06** 89, SeuffA. **61** 206, BayRpflZ. **06** 163, SeuffBl. **06** 411, R. **06** 384. Der Widerspruchskläger haftet für den durch die Einstellung der ZwV. dem Pfändungspfandgläubiger entstehenden Schaden nur bei Verschulden. Eine analoge Anwendung der Ausnahmevorschriften der §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 ist hier ebensowenig zulässig, wie in den Fällen der §§ 541, 707, 719 und 769. Unerheblich ist, ob der Interventionskläger, um die Einstellung der ZwV. zu erzielen, Sicherheit geleistet hat. Denn die Frage, wofür die Sicherheit haftet, ist nach den jeweiligen Umständen zu beurteilen.

§ 775. SächsOLG. **27** 86 (Dresden). Eine Aussetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach §§ 148, 149 (wegen Abhängigkeit von einer Vorentscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, bei Verdacht, daß auf das Urteil eine strafbare Handlung von Einfluß war), ist unzulässig, da diese Paragraphen nur von der Aussetzung eines Rechtsstreits handeln.

§ 777. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 107. Der Schuldner braucht nicht zugleich Verpfänder des Vertragspfandes zu sein; wohl aber muß er dessen Eigentümer sein.

§ 780. 1. *Burghart, JustdRundsch. **06** 71. Die Verurteilung unter oder ohne Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung ist eine für das Gericht bindende materiell-rechtliche Entscheidung, die in einem in derselben Instanz nach Verkündung dieses Urteils anhängigen Nachverfahren nicht aufgehoben werden kann. Ist daher das Urteil noch gegen den Erblasser ergangen, so können die Erben in dem infolge des Todes anhängigen Verfahren der Aufnahme des Rechtsstreits, also insbes. in der Verhandlung über die Sachlegitimation, nicht mehr den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung in dem Ergänzungsurteil beantragen (s. o. Ziff. 1 zu § 239). Auch eine Ergänzung des Urteils gem. § 321 ZPO. ist schon deswegen nicht zulässig, weil die Voraussetzungen für den Vorbehalt z. Zt. des Erlasses des Urteils gegen den Erblasser nicht gegeben waren. Den Erben muß es überlassen bleiben, auf Grund der beschränkten Erbenhaftung Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung gem. §§ 781, 785, 767 ZPO. zu erheben.

2. HansGZ. **06** Beibl. 171 (Hamburg). Durch die dem § 1990 BGB. entnommene Fassung des Urteils, daß die „Erben für berechtigt erklärt werden, gegen Herausgabe des Nachlasses die Zahlung zu verweigern", wird auch lediglich zum Ausdruck gebracht, daß der Erbe die Haftung auf den Nachlaß beschränken kann. Die Pfändung der eigenen Sachen der Erben ist daher aus einem solchen Urteile nur so lange zulässig, bis die Erben auf Grund des Vorbehalts Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erheben.

3. **RG. 61** 293. Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so ist der Vorbehalt der beschränkten Haftung schon in das den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärende Zwischenurteil aufzunehmen.

§ 786. OLG. **13** 192, SeuffA. **61** 76, HansGZ. **06** Beibl. 8 (Hamburg). Nach § 1480 BGB. haftet für eine vor der Auseinandersetzung nicht berichtigte Gesamtgutsverbindlichkeit derjenige Ehegatte, für den zuvor keine persönliche Haftung bestand, nur mit den ihm zugeteilten Gegenständen. Gemäß den Vorschriften der §§ 786, 780, 781 ZPO. braucht das Gericht, das über die Klage aus § 1480 entscheidet, im Urteile nur den Vorbehalt der beschränkten Haftung auszusprechen. Die Erledigung der Frage, ob tatsächlich eine Substanz für diese

Haftung vorhanden ist, bleibt der Zwangsvollstreckungsinstanz vorbehalten, sofern dort der Schuldner überhaupt die vorbehaltene Haftungsbeschränkung geltend macht (§ 781).

§ 788. 1. OLG. **13** 193, SchlHolstAnz. **06** 333 (KG.). Mit der herrschenden Ansicht, insbes. der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anzunehmen, daß neben der im § 788 angeordneten gleichzeitigen Beitreibung der Vollstreckungskosten ein besonderes Festsetzungsverfahren bezüglich der Vollstreckungskosten zulässig ist. Zuständig für dasselbe ist aber nicht, wie die herrschende Meinung weiter annimmt, das Prozeßgericht erster Instanz, sondern das Vollstreckungsgericht. § 104, auf den sich die herrschende Meinung beruft und der bestimmt, daß das „Gericht erster Instanz" die Kosten festzusetzen habe, paßt bezüglich der Kosten des Vollstreckungsverfahrens überhaupt nicht, da es in ihm an einem über die materielle Kostentragungspflicht entscheidenden Gericht fehlt. In ihm bildet vielmehr lediglich das Gesetz — § 788 Abs. 1 — den Schuldtitel, inhalts dessen die Vollstreckungskosten vom Schuldner zu tragen sind. Bez. der Zuständigkeit abw. **RG.** IDR. **1** § 788 Ziff. 3; vgl. auch IDR. **3** § 788, **4** § 788 Ziff. 4. Wie KG. auch OLG. **13** 194 (Colmar).

2. R. **06** 693 (Stettin). Die Vollstreckungskosten können, wenn sie nicht gleichzeitig mit dem Anspruch beigetrieben werden, vom Prozeßgericht festgesetzt werden. Die Kosten des Festsetzungsbeschlusses fallen aber dem Gläubiger zur Last, wenn die gleichzeitige Beitreibung der Vollstreckungskosten sowohl nach der Natur der Vollstreckungshandlung als nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners möglich war.

§ 794. Literatur: Bechmann, Unterhaltsverträge und § 794 Ziff. 5 ZPO., BayRpflZ. **06** 72 ff. — Hankel, Öffentliche Zustellung der im § 794 Ziff. 5 ZPO. bezeichneten Urkunden, DIZ. **06** 530. — Horchler, Zur Behandlung des unwirksamen Prozeßvergleichs, BayRpflZ. **06** 357. — Lunglmayr, Anfechtung eines Prozeßvergleichs, BayRpflZ. **06** 290.

Abs. 1. I. Ziff. 1. 1. BayObLG. **6** 529, ZBlFG. **6** 764 (BayObLG.). Ein mit einem nicht bevollmächtigten Parteivertreter geschlossener Vergleich wird durch die nachfolgende Genehmigung des Vertretenen nicht nur als Vertrag, sondern auch als vollstreckbarer Titel im Sinne des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. wirksam.

2. **a)** Lunglmayr aaO. weist auf die verschiedenen Ansichten über die Frage hin, ob die Anfechtnng der materiellen Gültigkeit eines von dem Prozeßgericht geschlossenen Vergleichs in einem neuen besonderen Rechtsstreit zu geschehen habe (so **RG.** II IW. **95** 395) oder ob noch innerhalb des bisherigen Verfahrens eine Entscheidung darüber, ob der Vergleich den Rechtsstreit beendigt habe oder nicht, sowie zweitenfalls über den ursprünglichen Klagegrund herbeigeführt werden könne (so **RG.** IV IW. **05** 533, Gaupp Anm. zu § 794, Petersen § 797 Anm. 2, Seuffert § 794 Anm. 2k, Kohler, BuschsZ. **24** 18, **29** 44, Eccius, GruchotsBeitr. **30** 466 — ebenso OLG. Zweibrücken, 17. 4. 06), und redet einer eingehenderen theoretischen Prüfung der Frage das Wort. **b)** Horchler aaO. 357 tritt der zweiterwähnten Auffassung bei. Vermittelnd: **c)** **RG.** I SeuffA. **61** 170. Der Senat läßt dahingestellt, ob die Fortsetzung des Verfahrens dann zulässig ist, wenn die Nichtigkeit des Vergleichs von Anfang an feststeht, verneint die Zulässigkeit aber für alle diejenigen Fälle, in denen die Nichtigkeit erst durch eine weitere Verhandlung festgestellt werden muß.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1056. Ist in einem gerichtlichen Vergleich die Zahlung der Vergleichssumme durch den Beklagten von der Vornahme einer Handlung abhängig gemacht, zu der beide Parteien mitwirken müssen, so ist, wenn der Beklagte seine Mitwirkung verweigert, der Vergleich durch die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zur Vollstreckung zu bringen.

II. Ziff. 5. 1. *Bechmann aaO. Der von Ulmann, BayRpflZ. **05** 397 ff., erhobene Einwand gegen die 234 ff. aaO. — vgl. JDR. **4** § 788 III Ziff. 1 — abgedruckte Abhandlung, als regele § 794 Ziff. 5 ZPO. die Voraussetzungen der exekutorischen Urkunde nicht erschöpfend, sondern werde durch das Landesgesetz ergänzt, ist nicht begründet; Art. 167 BayAGBGB. wollte auch nichts weiter als sachliche Zuständigkeitsnormen aufstellen.

2. Das KG., BankA. **6** 23, hat die Fassung einer notariellen Urkunde: „Schuldner unterwirft sich . . der sofortigen Zwangsvollstreckung in . . in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung einer dieser Urkunden gegen den jeweiligen Eigentümer des . . Grundstücks zulässig sein soll“ nicht für hinreichend klar erklärt, um auf Grund derselben Zwangsvollstreckung außer in das Grundstück auch in das sonstige Vermögen für zulässig zu erachten.

3. BayObLG., R. **06** 447. Auch eine notarielle Urkunde, in der bezüglich einer Hypothek nun andere Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen vereinbart werden, der Schuldner sich auch zur Entrichtung von Verzugszinsen für Zinsrückstände verpflichtet und sich der sofortigen ZwV. unterwirft, fällt unter § 794 Abs. 1 Ziff. 5.

4. OLG. München, BayRpflZ. **05** 515, R. **06** 1010. Die im § 794 Ziff. 5 aufgeführten Urkunden bilden einen Vollstreckungstitel nur bezüglich der in der Urkunde bezeichneten Geldsumme oder bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen, nicht auch bezüglich der erst später entstehenden Kosten der ZwV. Für die Festsetzung dieser Kosten geben die Urkunden daher einen Vollstreckungstitel nicht ab.

5. Exekutorische Urkunden als Grundlage für die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek vgl. u. zu § 866 Ziff. 1.

6. Über die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde nach Ziff. 5 s. o. § 1821 BGB. Ziff. III 1.

§ 796. OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 153, JustdRundsch. **06** 138 = OLG. **11** 107, s. JDR. **4** § 796. Zulässigkeit der Geltendmachung einer Vereinbarung, daß der rechtskräftige Vollstreckungsbefehl nur zum Schein erwirkt sei.

§ 797. Literatur: Neumann, Magistratsassessor, Vollstreckungsklage aus ausländischen Urteilen und Vergleichen in gewerbegerichtlichen Sachen, BuschZ. **36** 150 ff.

I. Abs. 1. 1. Reinhard bekämpft ZBlFG. **7** 383 die Ansicht des RG. ⇛ **RG. 21** 345, **35** 398, **37** 420; vgl. Sydow-Busch Anm. 1 zu § 797. Red. ⇚, daß zu den gerichtlichen Urkunden im Sinne des § 797 auch die im § 794 Ziff. 1 und 2 bezeichneten Vergleichsurkunden gehören, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und den Zusammenhang der verschiedenen Vorschriften des § 797. — Der Ansicht des RG. ist OLG. Rostock, MecklZ. **24** 207, beigetreten.

2. **a)** BayObLG. **6** 655, JustdRundsch. **06** 6, SeuffBl. **06** 191, R. **06** 60. Für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines Alimentenvergleichs ist der Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts zuständig, in dessen Verwahrung sich die ein einheitliches Ganzes bildenden Urkunden befinden. **b)** Avril hält JustdRundsch. **06** 5 seine ebendort **05** 119 — s. JDR. **4** § 797 — vertretene Meinung aufrecht, daß die vollstreckbare Ausfertigung einer gerichtlichen Urkunde von demjenigen Gericht zu erteilen sei, welches die Urkunde „aufgenommen“ habe. Vgl. jedoch auch ebendort **06** 27.

II. Abs. 2. 1. DJZ. **06** 1029 (KG.). Sind in einer notariellen Urkunde betagte (z. B. auf Zinsen gerichtete) und bedingte Ansprüche (z. B. auf das Kapital gerichtete, bedingt durch unpünktliche Zinszahlung) verbunden, so muß der Notar in der von ihm erteilten Vollstreckungsklausel erkenntlich machen, ob er die Klausel lediglich erteilt, um auf Grund derselben bei Eintritt der Fälligkeit

der betagten Ansprüche ohne weiteres deren Beitreibung zu ermöglichen, oder ob die Bedingung für die Fälligkeit der bedingten Ansprüche bereits eingetreten und die Klausel auch zur Vollstreckung auch dieser Ansprüche erteilt ist. Ist dies nicht erkenntlich gemacht, so kann eine Zwangshypothek zur Vollstreckung der letztbezeichneten Ansprüche nicht eingetragen werden.

2. FrankfRundsch. **39** 252 (Frankfurt). Enthält die nach § 794 Ziff. 5 von einem Notar aufgenommene vollstreckbare Urkunde ein Vertragsangebot des Schuldners, das in einer von einem anderen Notar aufgenommenen Urkunde angenommen worden ist, so ist die vollstreckbare Ausfertigung der erstbezeichneten Urkunde auch dann von demjenigen Notar, der sie aufgenommen hat, zu erteilen, wenn sie in der Annahmeurkunde in Bezug genommen und ihr als Anlage beigefügt ist.

III. Abs. 3. 1. **RG.** R. **06** 943. Die Einwendung, daß eine ZwV. unzulässig sei, weil die notarielle Urkunde einer ordnungsmäßigen Unterwerfungsklausel entbehre, ist eine Einwendung gegen die Art und Weise der ZwV., deshalb nach § 766 beim Vollstreckungsgericht, nicht nach § 767 durch Klage beim Prozeßgericht geltend zu machen.

2. Hankel, DJZ. **06** 530. Auch notarielle Urkunden (§ 794 Ziff. 5) können öffentlich zugestellt werden. Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung ist in entsprechender Anwendung des § 204 dasjenige Gericht für zuständig zu erachten, bei dem eine Klage wegen des in der Urkunde verbrieften Anspruchs erhoben werden kann (ebenso Weißler, Notariat Kap. 44 Ziff. 7), nicht dagegen das im § 797 Abs. 3 (vgl. Jastrow, Formularbuch [11/12] 215), auch nicht das im § 797 Abs. 5 (vgl. Gaupp-Stein [6/7] II 616 Nr. 5) bezeichnete Gericht. Abw. LG. Frankenthal, JustdRundsch. **06** 26, welches das Vollstreckungsgericht ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes für zuständig erachtet.

IV. Abs. 4. **RG. 62** 188, JW. **06** 82, R. **06** 384. Da § 797 sich — wie aus Abs. 1 hervorgeht — nur auf gerichtliche und notarielle Urkunden, nicht aber auf vollstreckbare Beschlüsse nach § 794 Ziff. 3 bezieht, so sind diese Beschlüsse auch nicht ausnahmsweise nach § 797 Abs. 4 von der Vorschrift des § 767 Abs. 2 befreit und es können deshalb Einwendungen gegen sie, die schon vor Erlaß des Beschlusses vorgebracht werden konnten, nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden.

V. Abs. 5. *Neumann aaO. Für Vollstreckungsklagen aus Vergleichen (ebenso wie aus ausländischen Urteilen, § 722 Abs. 2) ist, sofern eine an sich vor das Gewerbegericht gehörende Streitigkeit zugrunde liegt, gemäß § 802 ausschließlich zuständig: a) das Gewerbegericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Schuldners, b) in Ermangelung eines solchen das an sich zuständige ordentliche Gericht, c) bei Fehlen eines allgemeinen Gerichtsstandes in Deutschland das Gewerbegericht, in dessen Bezirk sich das Vermögen des Schuldners befindet. d) in dessen Ermangelung das ordentliche Gericht ebenda. Gemäß § 16 Abs. 1 KfmGG. ergibt sich für vor das KfmG. gehörende Streitigkeiten eine gleiche Regelung.

§ 798. OLG. **13** 195, SeuffA. **61** 210 (Naumburg). Da die Vorschrift des § 798 lediglich im Interesse des Schuldners, nämlich um diesen vor rücksichtsloser Überraschung durch die Pfändung zu schützen, erlassen ist, kann der Schuldner auf die Innehaltung der Frist zwischen Zustellung des Titels und Pfändung verzichten (§ 295).

§ 800. Literatur: Schefold, Die vollstreckbare Urkunde des § 800 ZPO. und deren Vollstreckungsklausel, WürttZ. **06** 225 ff.

1. *Schefold aaO. Die dingliche Vollstreckungsunterwerfung kann sich nur auf das verpfändete Grundstück erstrecken; bei Unterbleiben der Eintragung

dieser Klausel in das Grundbuch ist nur dem späteren Eigentümer gegenüber die Unterwerfung unwirksam, diesem gegenüber aber ohne Rücksicht auf die Frage, ob er die dingliche Unterwerfungserklärung des früheren Eigentümers z. Z. seines Eigentumserwerbs gekannt hat oder nicht; für eine Höchstbetragshypothek ist die (dingliche) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ausgeschlossen; die Unterwerfung des § 800 stellt eine „Verfügung" i. S. des BGB. dar. — Die Vollstreckungsklausel hat bei der vollstreckbaren Urkunde des § 800 auf „den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks", nicht auf einen namentlich bezeichneten Schuldner zu lauten.

2. ElsLothJZ. **06** 288 (Colmar). Zur Bewilligung der Unterwerfungsklausel des § 800 für einen Minderjährigen bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

3. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **06** 442, ElsLothNotZ. **06** 214 (14. 5. 06) und OLG. **13** 196 (Colmar), ElsLothNotZ. **06** 347 (11. 8. 06). Das Recht aus der Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist für sich allein kein Recht an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes, sondern nur ein Nebenrecht zu einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld von bestimmtem Betrage. Es kann daher auch nur in Verbindung mit dem Anspruch auf Eintragung oder Änderung eines dieser Rechte vorgemerkt werden (§ 883 BGB.).

4. ElsLothNotZ. **06** 15 (Colmar). Für den Beginn der Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde, aus der die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zulässig ist, bedarf es der Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen denjenigen namentlich zu bezeichnenden Eigentümer, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben wird (§§ 724, 750, 795; vgl. Gaupp-Stein und Petersen zu § 800). Das Urteil behandelt ferner die Zwangsvollstreckung aus einer vor 1900 errichteten, eine Hypothekenbestellung enthaltenden Notariatsurkunde gegen einen Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist (ElsLothAGZPO. § 26).

§ 801. HansGZ. **06** Beibl. 189 (Hamburg). § 801 bezieht sich nicht auf die Zwangsvollstreckung wegen verwaltungsrechtlicher Forderungen. Das Verwaltungszwangsverfahren liegt außerhalb des Rahmens der ZPO.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

Zu §§ 803 ff. Literatur: Fuchs, Vollstreckung eines auf Zahlung an einen Dritten gehenden Schuldtitels, BuschZ. **36** 155 ff. — Pagenstecher, Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht? GruchotsBeitr. **50** 274 ff.

1. *Pagenstecher führt aaO. aus: Das Vollstreckungsrecht ist ein publizistisches Besitzrecht, das durch Richterakt entsteht (279 ff.); es ist zwar verliehen zwecks Realisation des als bestehend vorausgesetzten Privatrechts, aber doch ein durchaus selbständiges Recht, das entstehen kann, ohne daß eine Forderung existiert und das auch mit dem Wegfall der Forderung nicht ohne weiteres erlischt. Aber um der Forderung willen ist es da. Ist die Forderung weggefallen, so ist es sine causa (280). Das Erlöschen der Forderung ermöglicht daher auch die Beseitigung des Vollstreckungsrechts. Das Mittel hierzu ist die Klage aus § 767, die sogenannte Vollstreckungsgegenklage. — Kraft des Vollstreckungsrechts ist der Gläubiger befähigt und berechtigt, mit Hilfe der ihm dienstbaren Gerichtsvollzieher einen gewissen Vermögenswert aus dem Vermögen seines Schuldners in das eigene zu überführen und zur Durchführung dieses Zweckes, wo nötig,

ein Privatrecht, nämlich ein Pfandrecht an den Sachen seines Schuldners zu erwerben (280). Das unter Benutzung dieser Macht erzeugte Pfandrecht, das Pfändungspfandrecht, ist ebenfalls ein durchaus selbständiges Recht (281). — Ebenso wie es entstehen kann, ohne daß eine Forderung existiert (290), wird es auch durch das Erlöschen der Forderung in seinem Bestande nicht berührt (292). Auch der Wegfall des Vollstreckungsrechts beseitigt es nicht ohne weiteres. Der Wegfall der Macht, ein Recht zu erzeugen, beseitigt nicht das unter Benutzung dieser Macht erzeugte Recht. Aber das Pfändungspfandrecht hat lediglich den Zweck, der Realisation des Vollstreckungsrechts zu dienen. Mit dem Wegfall des Vollstreckungsrechts ist es daher ganz ebenso sine causa, wie das Vollstreckungsrecht nach Erlöschen der Forderung. Siegt daher der Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage und erlischt mit dem Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils das Vollstreckungsrecht, so kann der Schuldner nach §§ 775 f. ZPO. die Beseitigung des Pfandrechts verlangen. Es erlischt, sobald der Gerichtsvollzieher die Vollstreckungsmaßregeln aufhebt (281). Aus alledem ergibt sich, daß das Pfändungspfandrecht kein akzessorisches Recht ist (296).

2. *Bunsen, ABürgR. **29** 11 ff. Die Bedeutung der das Pfändungspfandrecht normierenden Bestimmungen liegt lediglich auf dem Gebiete des Prozeßrechts, insbesondere des Zwangsvollstreckungsrechts. Das Pfändungspfandrecht ist nicht, wie Westphal, Versuch 108, Sintenis, PrZivR. I 645, Keller, Pand. I 437, Bayer, Zivilpr. 1110, Bethmann-Hollweg II 696 annehmen, ein wirkliches Pfandrecht, welches sich von dem Vertragspfandrechte nur in der Entstehungsform, nicht in seiner Wirkung unterscheidet, es ist nur, wie Windscheid, Pand. I § 233 Anm. 5, Dernburg, Pfandr. I 417, Wetzell, ZivProz. § 50 Anm. 13a annehmen, das prozeßrechtliche Mittel, dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen und solche Befriedigung aus dem Gegenstande des Pfandrechts vor anderen Gläubigern des Schuldners zu sichern. Materiell-rechtliche Befugnisse, welche diesem Zwecke nicht innewohnen, stehen dem Pfändungspfandgläubiger nicht zu. Ob der im Schuldtitel festgestellte Anspruch vom Standpunkt des materiellen Rechtes zu Recht besteht, ob die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners gehört, ist für die Entstehung des Pfandrechts zunächst gleichgültig.

§ 803. (§ 887.) **a)** *Fuchs aaO. Ein auf Zahlung an einen Dritten gehender Schuldtitel ist nach § 887 zu vollstrecken, nicht nach den Vorschriften des 2. Abschnitts des 8. Buchs. Unter weiterer Ausführung seiner BuschsZ. **23** 187 ff. vertretenen Ansicht bekämpft Fuchs die entgegengesetzte Ansicht von Meyer, BuschsZ. **35** 229 ff. S. JDR. **4** § 803 a. **b)** OLG. Darmstadt, NaumburgAK. **06** 70, HessRspr. **7** 62. Ein Urteil auf Sicherheitsleistung durch Hinterlegung einer bestimmten Summe in bar ist jedenfalls nach §§ 803 ff., nicht nach § 887 zu vollstrecken. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **4** unter c zu § 803 und **1** Ziff. 7, **4** Ziff. 3 zu § 887.

§ 804. 1. *Wunderlich aaO. (vgl. o. zu § 777). Jede ordnungsmäßige Pfändung schafft ein formell gültiges Pfandrecht (3, 14, 70). Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ist die Identität von Pfandeigentümer und persönlichem Schuldner (14). Bei Mitwirkung eines Nichtschuldners bei Entstehung des Titels entsteht durch Pfändung auf Grund dieses Titels materiell kein Pfändungspfandrecht (16). Zwischen Pfändung und Pfandveräußerung gezogene Früchte fallen nicht unter das Pfandrecht (17).

2. *Hauser (vgl. u. Ziff. 2, 7 und 8 zu § 830). Hat der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht an einer Briefhypothek, so ist er nicht imstande, ohne Willen des Eigentümers die Hypothek zu kündigen. Dieser kann die Kündigung zurückweisen, weil im § 1155 BGB. der Pfändungsbeschluß nicht genannt ist. Aus demselben

Grunde kann er das de jure zustehende Recht, Hinterlegung für ihn und Schuldner gemeinsam zu verlangen, de facto nicht ausüben (68 ff.).

3. BadRpr. **06** 361 (Karlsruhe). Da das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches Recht ist, so erlischt es mit dem Erlöschen der Forderung, für die es begründet ist, und es kann nicht vereinbart werden, daß er für eine später entstandene andere Forderung bestehen bleiben soll.

§ 805. Literatur: Brandis, Das Pfandrecht des Vermieters bei Zwangsvollstreckung in die Illaten, DJZ. **06** 858. — Reinhard, Vermieterpfandrecht und Zwangsvollstreckung, JW. **06** 74.

1. Böthke, GruchotsBeitr. **50** 262, weist auf den Unterschied zwischen dem im § 560 BGB. erforderten Widerspruch und dem im § 805 ZPO. für unzulässig erklärten Widerspruch hin. Hier Widerspruch gegen die Pfändung — zwecks Verhinderung der Zwangsvollstreckung —, dort gegen die Entfernung der eingebrachten Sachen — als Rechtsverwahrung zur Erhaltung des Vermieterpfandrechts. Der Widerspruch im Sinne des § 560 BGB. ist auch im Falle der Entfernung der Illaten im Vollstreckungswege zulässig und, falls der Vermieter Kenntnis von der Entfernung hat, zur Erhaltung des Vorzugsrechts aus § 805 erforderlich. Dazu Metzges, GruchotsBeitr. **50** 781. Näheres s. zu § 560 BGB. Ziff. I 1, 2.

2. Brandis aaO. verteidigt gegen die herrschende Ansicht — vgl. JDR. **1** § 805 Ziff. 2, **3** § 805 Ziff. 1, **4** § 805 Ziff. 1 und zu § 561 BGB. — die Meinung, daß die Vorzugsklage aus § 805 an die Monatsfrist des § 561 Abs. 2 BGB. gebunden sei. — Der herrschenden Meinung schließt sich an: Reinhard aaO. 74. Näheres s. zu § 561 BGB. Ziff. I a, b.

3. **a)** KGBl. **06** 29 (LG. I Berlin, bestätigt vom KG.). Daß sich der Vermieter, wenn mehrere Gläubiger des Mieters Pfändungen ausgebracht haben, mit seinem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 zunächst an diejenigen Gläubiger halten müsse, die zuletzt gepfändet haben, ist nirgends vorgeschrieben, denn sein gesetzliches Pfandrecht, das den Anspruch aus § 805 begründet, erstreckt sich auf alle pfändbaren eingebrachten Sachen. Der erstpfändende Gläubiger kann sich nicht darauf berufen, daß der Erlös der zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreiche (§ 560 BGB.). Denn § 560 BGB. betrifft nur das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter und dient nur dem Interesse des Mieters. **b)** BayRpflZ. **06** 230 (Nürnberg). Bei einer Pfändung setzt sich gemäß § 805 das Pfandrecht des Vermieters in ein Vorzugsrecht am Erlöse um. Bei mehreren Pfändungen und mehreren Erlösen haftet dem Vermieter bis zu seiner Befriedigung, gleichwie sich sein Pfandrecht auf alle Sachen erstreckte, der Gesamterlös als Surrogat. § 560 Abs. 2 BGB. findet keine analoge Anwendung. (Vgl. o. § 560 BGB. Ziff. 2 b.)

4. PucheltsZ. **06** 247 (Zweibrücken) betr. Fortdauer des Vermieterpfandrechts trotz Wegschaffung und Versteigerung der Illaten seitens eines Pfändungspfandgläubigers nach pfälzischem Rechte.

§ 806. *Wunderlich aaO. 44. Diese Bestimmung gilt nur, wenn das Pfändungspfand unter der Bezeichnung als Pfand verkauft worden ist.

§ 807. 1. Voraussetzungen der Pflicht zur Eidesleistung. **a)** BuschsZ. **36** 176 (Dresden). Der erfolglosen Pfändung ist der Fall gleichzuachten, daß der Gläubiger nachweist, daß er die gepfändeten (letzten pfändbaren) Sachen des Schuldners freigegeben habe, nachdem ein Dritter mit Erfolg Widerspruchsklage erhoben oder doch ein Widerspruchsrecht glaubhaft gemacht hat (Gaupp-Stein [7] II 533). Der Schuldner kann sich gegenüber dem Gläubiger im Offenbarungseidsverfahren jedenfalls dann nicht auf eine noch nicht aufgehobene Pfändung berufen, wenn er selbst den von dritter Seite erhobenen Wider-

spruch als berechtigt anerkennt. **b**) OLG. **13** 198, SeuffA. **61** 118, DJZ. **06** 772, HansGZ. **06** Beibl. 23 (Hamburg). Hat der Gläubiger Forderungen des Schuldners pfänden lassen, so muß er, bevor er den Offenbarungseid fordern darf, nachweisen, daß er durch die vorgenommene Pfändung seine Befriedigung nicht (vollständig) erlangen könne, weil die Forderungen uneinbringbar seien. Zu einem solchen Nachweis wird die Erklärung des Drittschuldners, daß er die betr. Beträge nicht schuldig sei, in der Regel nicht genügen. Vgl. IDR. 3 § 807 Ziff. 2. **c**) OLG. **13** 227 (Hamburg). Der Gläubiger hat zwar, wenn er Forderungen gepfändet hat, in der Regel deren Uneinbringlichkeit oder Unverwertbarkeit glaubhaft zu machen, ehe er die Ableistung des Offenbarungseides verlangen kann (vgl. IDR. **3** § 807 Ziff. 2, Gaupp-Stein zu § 807). Ist aber die gepfändete Forderung schon anderweitig gepfändet, so daß demnächst keine Befriedigung erwartet werden kann, so ist sie kein zur alsbaldigen Befriedigung des Gläubigers, wie dieser sie verlangen kann, geeignetes Vermögensstück, steht also dem Verlangen nach Leistung des Offenbarungseides nicht entgegen. Dem Gläubiger ist auch nicht zuzumuten, daß er auf die Rechte aus der Pfändung verzichtet und damit möglicherweise Prioritätsrechte für die Zukunft aufgibt.

2. Eidespflicht des Ehemanns und des Erben. **a**) KG., R. **06** 189 = OLG. **11** 190 betr. Verpflichtung des Schuldners, die Einkünfte des eingebrachten Vermögens seiner Ehefrau anzugeben. S. IDR. **4** § 807 Ziff. 2b. **b**) OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 30. Betreibt ein Nachlaßgläubiger, nachdem die Anordnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse abgelehnt worden ist, die Zwangsvollstreckung in den in den Besitz des Erben übergegangenen Nachlaß, so kann er nach erfolglosem Pfändungsversuch von dem Erben gemäß § 807 die Vorlage eines Nachlaßverzeichnisses und den Offenbarungseid bezüglich desselben verlangen.

3. Arrest als Grundlage des Offenbarungseides? Über die Frage, ob auf Grund eines Arrestes die Leistung des Offenbarungseides gefordert werden kann — vgl. IDR. **1** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 5 zu § 807 —, sind zwei einander widersprechende Entscheidungen des LG. I Berlin, KGBl. **06** 100, ergangen. Die ständige Beschwerdekammer (9. ZivK.) hat in Übereinstimmung mit der Praxis des KG. verneinend, die 3. FerienZivK. bejahend entschieden. Weder für die eine noch für die andere Rechtsauffassung sind neue Gründe vorgebracht. — OLG. Colmar, R. **06** 1268 und LG Kiel, SchlHolst. Anz. **06** 327, bejahen, LG. München, BayRpflZ. **06** 146, verneint die Frage.

4. Inhalt des Vermögensverzeichnisses. **a**) OLG. **13** 225 (KG.). Voraussetzung für die Verpflichtung des Schuldners, im Vermögensverzeichnis die Drittschuldner seiner Forderungen genau zu bezeichnen, ist das Vorhandensein der Forderungen im Zeitpunkt der Eidesleistung. Für den Schuldner besteht keine Verpflichtung, diejenigen Verhältnisse offenzulegen, aus denen er in Zukunft möglicherweise eine Forderung erwerben wird. **b**) **RG. 62** 351, JW. **06** 176, JustdRundsch. **06** 134, R. **06** 561. Ein Vermögensverzeichnis, das in betreff der Forderungen Grund und Beweismittel nicht angibt, ohne die Nichtanführung zu begründen, ist ebenso wie ein Verzeichnis, in dem der Ort, an dem sich die benannten Sachen befinden, ohne Begründung nicht angegeben ist, dem Gesetze nicht entsprechend. Nimmt der Richter dem Schuldner trotz Vorlegung eines derartigen unzureichenden Verzeichnisses den Offenbarungseid ab, so verletzt er dadurch eine ihm dem Gläubiger gegenüber obliegende Amtspflicht und ist diesem deshalb schadensersatzpflichtig (vgl. o. Ziff. 8 b zu § 839 BGB.).

5. Zulässigkeit des Verzichts auf die Eidesleistung. OLG. **13** 198, NaumburgAK. **06** 70, SächsOLG. **27** 89 (Dresden). Da die Einleitung des

Offenbarungseidsverfahrens von einem Antrage des Gläubigers abhängig ist, muß gegen Kohler (GruchotsBeitr. **31** 319), Seuffert, Struckmann-Koch und Petersen angenommen werden, daß der Gläubiger auch wirksam auf die Ableistung des Offenbarungseids verzichten kann. Verträge in bezug auf das Prozeß-, insbes. das Vollstreckungsverfahren können nur dann als gegen das öffentliche Recht verstoßend für unwirksam erachtet werden, wenn sie dazu führen, daß der Richter zu einem dem Gesetz widersprechenden Verfahren genötigt werden soll, nicht aber, wenn die eine Partei sich verpflichtet, von einem Zwangsmittel Abstand zu nehmen, dessen Durchführung von ihrem Belieben abhängt. Über das Vorliegen eines solchen Verzichts ist in dem durch § 900 Abs. 2 geordneten Verfahren, nicht etwa gemäß § 767 zu entscheiden.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. Literatur: R. Meyer, Zur Frage der Zulässigkeit der Pfändung eigener Sachen durch den Gläubiger, KGBl. **06** 13.

1. Gewahrsam des Ehemanns. **a**) OLG. **13** 200 (Celle). Der Mann hat als Haushaltungsvorstand Gewahrsam an allen Haushaltungsgegenständen mit Ausnahme der zum persönlichen Gebrauch der Frau oder anderer Haushaltsmitglieder bestimmten Sachen. In welchem gesetzlichen Güterstand die Ehegatten leben, ist ebenso unerheblich, wie die Frage, wem die Räume, in denen sich die Sachen befinden, gehören oder wer sie gemietet hat. **b**) BadRpr. **06** 155 (Karlsruhe). Auch bei Gütertrennung ist der Ehemann als Haushaltungsvorstand Inhaber aller für den Haushalt — im Gegensatz zu den zum ausschließlichen Gebrauch der Frau — bestimmten Gegenstände, die sich in den dem Haushalt dienenden Räumen befinden, selbst wenn die Gegenstände erkennbar der Frau gehören. Vgl. RG. JW. **99** 538, Gaupp-Stein § 808 II 2, Petersen-Anger (4) Vorbem. zu § 808, Struckmann-Koch (7) § 808 Anm. 2, Seuffert (9) § 808 Ziff. 7, LG. II Berlin, JDR. **3** § 808 Ziff. 5.

2. Pfändung eigener Sachen des Gläubigers. **a**) *R. Meyer aaO. Die Pfändung eigener Sachen durch den Gläubiger ist zulässig. Das Gesetz definiert die Pfändung als die Besitznahme der zu pfändenden Sache durch den Gerichtsvollzieher. Als einzige formelle Voraussetzung für diese Pfändung verlangt das Gesetz, daß sich die Sachen „im Gewahrsam des Schuldners" befinden. Die Entscheidung materiell-rechtlicher Fragen überläßt das Gesetz ausschließlich dem Prozeßgericht, nicht dem Vollstreckungsgericht. Deshalb ist auch § 804 hier ohne Bedeutung. Eventuell muß man in dem Pfändungsauftrag des Gläubigers einen durch die demnächstige Versteigerung bedingten Verzicht auf sein Eigentum erblicken, nicht einen unbedingten, wie das LG. I Berlin (9. ZivK.) — vgl. JDR. **4** § 808 Ziff. 4 b — annimmt. Der bedingte Verzicht wird hinfällig, wenn die Sache nicht zur Versteigerung kommt. **b**) Roiger, BayRpflZ. **06** 477, verneint ohne Einschränkung die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der Pfändung eigener Sachen des Gläubigers und will dem Schuldner gegen die erfolgte Pfändung Einwendungen aus § 766 gewähren. Dagegen **c**) OLG. Stuttgart, WürttJ. **18** 168, R. **06** 1322. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen ist nicht deshalb unzulässig, weil sie dem Gläubiger gehören. — **d**) OLG. Cöln (5. ZivSen.), RheinA. **102** I 80 (17. 6. 05). Läßt der Gläubiger ihm selbst zu Eigentum gehörige Sachen beim Schuldner pfänden, so liegt darin ein Verzicht auf das Eigentum an denselben. Er kann daher auch dem Vermieter des Schuldners, der sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Sachen geltend macht, nicht entgegenhalten, daß die Pfandstücke nicht dem Schuldner gehörten. — Im Gegensatz hierzu hat der 9. ZivSen. desselben Gerichts (5. 12. 05), RheinA. **102** I 196, sich

dahin ausgesprochen, daß solch ein Verzicht nur unter besonderen Umständen anzunehmen sei, und ihn in dem von ihm zu entscheidenden Falle nicht für vorliegend erachtet. Vgl. auch JDR. **3** § 808 Ziff. 3.

3. RheinA. **102** I 191 (Cöln). Die Pfändung eines Warenlagers derart, daß der Gerichtsvollzieher den Bestand ohne genaue Bezeichnung der einzelnen Waren aufnimmt und eine das Bestandsverzeichnis enthaltende Pfändungsanzeige in dem Raume, in dem sich die Waren befinden, mit Siegelmarken an der Wand befestigt, ist ungültig (vgl. § 57 Ziff. 5, 6 GeschAnwfGerVollz.). Vgl. JDR. **1** § 808 Ziff. 2f.

4. Besitzverhältnisse. **a**) *Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes 63 f. (vgl. o. § 868 BGB. Ziff. I). Der Gerichtsvollzieher ist als Besitzmittler im Sinne des § 868 BGB. zu betrachten. Führt er einen Pfändungsauftrag aus, so sind die verschiedensten Gruppierungen der besitzrechtlichen Wirkungen möglich. Nimmt der Gerichtsvollzieher Sachen des Schuldners, z. B. Geld, Kostbarkeiten oder Wertpapiere in seinen Gewahrsam, so entsteht mittelbarer Besitz sowohl für den Schuldner wie für den Gläubiger. Die beiden mittelbaren Besitzer stehen jedoch nicht nebeneinander, sondern der Gläubiger ist Besitzmittler des Schuldners. Anders ist zu entscheiden, wenn der Gerichtsvollzieher, was die Regel bildet, die Sachen im Besitz des Schuldners beläßt. Alsdann werden Gerichtsvollzieher und Gläubiger mittelbare Besitzer. Hier ist die Stufenordnung folgende: Schuldner, Gerichtsvollzieher, Gläubiger. — Pfändet der Gerichtsvollzieher eine Sache des Schuldners, die sich im Besitze des Gläubigers befindet, so ergibt sich, je nachdem er die Sache im Gewahrsam des Gläubigers beläßt oder nicht, entweder die Stufenfolge: Gläubiger, Gerichtsvollzieher, Schuldner, oder: Gerichtsvollzieher, Gläubiger, Schuldner. **b**) OLG. **13** 200 (Hamburg). Beläßt der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners, so ist dieser unmittelbarer, jener mittelbarer Besitzer der Pfandsachen. (Ebenso Planck (3) Erl. 2bα zu § 868 BGB., Gaupp-Stein Bem. IV, Seuffert Anm. 3f zu § 808 ZPO.) Im Übrigen s. o. § 868 BGB. Ziff. II 1. Vgl. JDR. **3** Ziff. 6, **4** Ziff. 2 zu § 808.

§ 809. 1. *Grohmann, SächsRpflA. **06** 414—419. § 809 darf nicht entsprechend angewendet werden, wenn ein im Besitze eines Nießbrauchers befindliches Grundstück für einen vorgehenden Hypothekengläubiger in Zwangsverwaltung genommen werden soll.

2. LG. Greifswald, DJZ. **06** 1035. Ein auf einem Gemeindefriedhof stehendes Grabgitter, das eine auf Zeit gemietete Grabstelle umhegt, ist nicht wesentlicher Bestandteil des Kirchhofs (§ 95 BGB.), steht auch nicht in Mitgewahrsam der Eigentümerin des Friedhofs.

§ 810. 1. Bunsen aaO. 36. Nichtgetrennte Früchte stehen formell im Eigentum des Grundstückseigentümers, haben aber als res futurae einen selbständigen Vermögenswert. Derjenige Fruchtberechtigte, dem das Eigentum an den Früchten mit der Trennung zufällt, hat gegen eine Pfändung die Widerspruchsklage aus § 771.

2. OLG. **13** 202, BraunschwZ. **06** 95 (Braunschweig). Da nach § 21 Abs. 3 ZVG. das Recht eines Pächters auf den Fruchtgenuß durch die Beschlagnahme nicht berührt wird, wäre es sinnlos, den Hypothekengläubigern auf Grund ihres Rechtes auf Befriedigung aus dem Grundstück gleichwohl zu erlauben, einer Pfändung der stehenden Früchte durch die Gläubiger des Pächters zu widersprechen. § 810 Abs. 2 ist also einschränkend dahin auszulegen, daß Hypothekengläubiger der Pfändung von Halmfrüchten durch Gläubiger des Pächters nicht widersprechen können. — Auch R. **06** 508. Das gesetzliche Verpächterpfandrecht aus § 585 BGB. geht dem Pfandrecht des Gläubigers, der die Früchte auf dem

Halme gepfändet hat, ebenfalls nicht vor. Das letztere entsteht mit dem Zeitpunkt der Pfändung (§ 804 Abs. 1 ZPO.), jedenfalls ist dieser Zeitpunkt für seinen Rang maßgebend (§ 804 Abs. 3). Das gesetzliche Verpächterpfandrecht kann aber wegen der Vorschriften der §§ 93, 94 BGB. erst mit der Trennung entstehen und seinen Rang erhalten.

§ 811. Literatur: Conrad, Die Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners. Jena 1906. — Hagen-Frankenthal, Bemerkungen zu Ziff. 1 u. 5 des § 811 ZPO. unter besonderer Berücksichtigung des Standes der Rechtsprechung, JustdRundsch. **06** 1 ff., 18 ff.

I. Allgemeines. 1. Conrad aaO. erörtert in eingehender Darstellung zunächst System, Aufgabe und Bedeutung der Pfändungsbeschränkungen im allgemeinen, in sozialpolitischer und juristischer Beziehung (8—132) unter Mitteilung statistischen Materials, geht sodann auf die Geschichte der Vollstreckungsbeschränkungen, insbesondere seit dem 17. Jahrhundert ein (146—307), um schließlich eine bis ins einzelne gehende Darstellung der Pfändungsbeschränkungen der ZPO. — §§ 811 und 850 — und des LohnBG. zu geben (307—458). Auch die außerdeutsche Gesetzgebung ist herangezogen. Den Schluß bildet eine Kritik der Pfändungsbeschränkungen und ein Gesetzesvorschlag (459—522).

2. *Hagen gibt aaO. zunächst eine Zusammenstellung von allgemeinen Grundsätzen. Daran schließt sich eine kurze Besprechung a) der durch Ziff. 1 u. 5 geschützten Personen; b) der durch Ziff. 1 u. 5 geschützten Gegenstände. Zum Schlusse folgt ein Verzeichnis einer größeren Anzahl von Personen und Gegenständen, mit denen sich die Rechtsprechung befaßt hat, bez. deren die Subsumierung unter § 811 Ziff. 5 ZPO. auf Grund der eingangs aufgeführten allgemeinen Grundsätze bejaht oder verneint werden muß.

3. *Wunderlich aaO. 105 f.: Die Bestimmungen der §§ 811, 812 sind zum Schutze des Schuldners, nicht des Eigentümers, gegeben. Letzterer kann sie nicht geltend machen. Sie gelten auch im Falle von BGB. § 1233 Abs. 2.

4. OLG. **13** 203 Anm. 1 (Cassel). Die Beschränkungen des § 811 gelten auch bei Pfändung des Herausgabeanspruchs, da diese zugleich eine künftige Pfändung der Sache selbst insofern enthält, als die Pfändung der Sache mit ihrer Herausgabe an den Gerichtsvollzieher als bewirkt gilt (§ 847).

5. Die Frage, ob auf die Pfändungsbeschränkungen des § 811 verzichtet werden könne, ist streitig. OLG. Karlsruhe, JustdBl. **06** 139, BadRpr. **06** 140, bejaht die Frage, soweit es sich nicht um einen im voraus erklärten Verzicht handelt, da nicht einzusehen sei, weshalb das Verfügungsrecht des Schuldners über die Gegenstände, die er jederzeit gültig veräußern, verpfänden oder an Zahlungsstatt geben könne, dem Gerichtsvollzieher gegenüber beschränkt sein solle. — Ebendort wird die Literatur zu der Frage mitgeteilt: Wie OLG. Karlsruhe: OLG. München, JustdRundsch. **04** 268, OLG. Hamburg, BaySekrZ. **03** 28, Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy, Förster. Abw.: PrGeschAnw. f. GerVollz. § 58, Planck II § 181, Hellmann § 135, Falkmann 199, Kretzschmar, ACivPr. **68** 461, Burlage, Die Pfändung bei Personen 65 und DJZ. **3** 77, Reinke 675. Vgl. JDR. **1** zu § 811 Ziff. I 2, **3** Ziff. I 1, **4** Ziff. I 1.

6. Ziff. 1 u. 5. Berücksichtigung anderer im Gewahrsam des Schuldners befindlicher Gegenstände. **a**) LG. Frankfurt a. M., Frankf. Rundsch. **40** 82. Bei Prüfung der Frage, ob ein gepfändeter Gegenstand dem Schuldner unentbehrlich ist, sind die in seinem Gewahrsam befindlichen, auf Grund eines Abzahlungsgeschäfts überlassenen, aber noch mit dem Eigentumsvorbehalte eines Dritten behafteten Gegenstände nicht zu berücksichtigen, da der Schuldner beständig Gefahr läuft, den Besitz an denselben infolge Nicht-

leistung der Abzahlungsraten einzubüßen. Aufgehoben vom OLG. Frankfurt a. M., R. **06** 943. — Wie das LG. Frankfurt a. M. hat OLG. Posen, PosMschr. **06** 132, in einem Falle entschieden, in dem wegen Nichtzahlung von Abzahlungsraten der Eigentümer der auf Abzahlung überlassenen Sache bereits berechtigt war, diese jederzeit zurückzufordern. — Wie OLG. Frankfurt: **b)** LG. Prenzlau, KGBl. **06** 49. Auch die zur Zeit der Pfändung dem Schuldner nur geliehenen Gegenstände sind bei Prüfung der Frage, ob der gepfändete Gegenstand unentbehrlich war, mit zu berücksichtigen. Vgl. JDR. **3** § 811 II Ziff. 3, **4** § 811 IV Ziff. 1b. **c)** JustdBl. **06** 135, BadRpr. **06** 79, R. **06** 808 (Karlsruhe). Bei Prüfung der Frage der Unentbehrlichkeit ist ein gleichartiger anderer gepfändeter und im Besitze des Schuldners belassener Gegenstand außer Betracht zu lassen.

II. Ziff. 1. 1. JustdBl. **06** 135, BadRpr. **06** 79, R. **06** 808 (Karlsruhe). Als unentbehrlich unpfändbar: Waschkomode und Kleiderschrank im Haushalte eines verheirateten Kaufmanns mit zwei Kindern.

2. SächsOLG. **27** 167 (Dresden). Möbelstücke können nicht mehr als zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich in Betracht kommen, wenn der Schuldner im Begriff ist, seinen Haushalt aufzulösen.

III. Ziff. 5. 1. Allgemeines. **a)** SeuffA. **61** 253 (Braunschweig). Für die Unpfändbarkeit gemäß § 811 Ziff. 5 ist es unerheblich, ob die Gegenstände Eigentum des Schuldners sind. S. JDR. **3** § 811 IV Ziff. 1, auch **1** § 811 IV Ziff. 1, 3. **b)** R. **06** 1203, JustdRundsch. **06** 137 (Cöln). Unpfändbar sind regelmäßig auch diejenigen Gerätschaften, deren Wegnahme den Schuldner nötigen würde, einen Teil seiner bisherigen Erwerbstätigkeit aufzugeben, es sei denn, daß der Schuldner auch mit den ihm belassenen Gerätschaften seine Arbeitskraft voll auszunutzen imstande ist. **c)** Berücksichtigung gleichartiger, Dritten gehöriger Sachen (vgl. o. zu I Ziff. 6).

2. Im besonderen. **a)** LG. Halle, NaumburgAK. **06** 77, JustdBl. **06** 139. Als zur „persönlichen Fortsetzung des Erwerbsgeschäftes" unentbehrlich ist unpfändbar die Einrichtung des in der Stadt gelegenen Ladens eines Gärtners, auch wenn die Gärtnerei nicht in unmittelbar räumlichem Zusammenhang mit jenem steht, sofern nur ein einheitlich vom Schuldner persönlich ausgeübter Betrieb vorliegt. **b)** SächsOLG. **27** 359 (Dresden). Auch der Gewerbebetrieb eines Hausierhändlers fällt unter den Schutz des § 811 Ziff. 5, wenn in demselben neben dem Gesichtspunkt des kaufmännischen Warenvertriebs auch die persönlichen Leistungen dergestalt von Bedeutung sind, daß der Hausierer seinen Erwerb nicht nur aus dem beim Warenverkauf erzielten Gewinn, sondern zum wesentlichen Teile aus seinen damit zusammenhängenden persönlichen Leistungen zieht. Für unpfändbar erklärt ist danach der Wagen eines Gewerbetreibenden, der im Sommer in Badeorten Hausierhandel mit Obst-, Grün- und Fischwaren treibt. Vgl. JDR. **1** zu § 811 IV Ziff. 7bα, **3** Ziff. IV 3cβ. **c)** Gegenüber dem KommBer. z. ZPONov. 2175 erklärt *L. Perels, GoldschmidtsZ. **57** 406 f., unter Umständen auch Schiffe für unpfändbar bei der Zwangsvollstreckung gegen ihren Eigentümer; bei diesem kann der Erwerb aus „persönlichen Leistungen" selbst dann vorliegen, wenn er das Schiff nicht allein, sondern im Verein mit Hilfskräften bedient. **d)** R. **06** 693 (Colmar). Unter § 811 Ziff. 5 fallen nicht: Spezereihändler. **e)** Die Anwendbarkeit des § 811 Ziff. 5 auf Gast- und Schankwirte wird vom OLG. München (OLG. **13** 204) anscheinend allgemein verneint, mit der Begründung, der Schankwirt veräußere fertige Produkte wie der Kaufmann, die persönliche Leistung trete dabei in den Hintergrund. OLG. Celle (OLG. **13** 203) will jedoch im Einzelfalle prüfen, ob in dem be-

treffenden Betriebe die persönliche Leistung des Schuldners das Entscheidende ist, oder ob die kaufmännische oder technische Leitung überwiegt.

IV. Ziff. 7. **a)** SächsOLG. **27** 87, FischersZ. **31** 236, OLG. **13** 203 Anm. 1 (Dresden). Auch die Ausrüstung eines verabschiedeten Offiziers ist unpfändbar, da er sowohl im Mobilmachungsfall, wie in Friedenszeiten in einem ehrengerichtlichen Verfahren in die Lage kommen kann, in Uniform erscheinen zu müssen. **b)** SächsOLG. **27** 363 (Dresden). Unpfändbar: das Pianino eines Volksschullehrers, der Gesangsunterricht zu erteilen und bei Gottesdiensten in der Schule den Kirchengesang zu begleiten hat.

V. OLG. **13** 212 (KG.). Betr. Pfändbarkeit einer Brücke, die nur für bestimmte Zeit als provisorischer Laufsteg polizeilich genehmigt ist.

§ 814. 1. *Pagenstecher führt in GruchotsBeitr. **50** 274 ff. aus: Das Pfändungspfandrecht gewährt — ebenso wie das vertragliche Pfandrecht — dem Gläubiger das Recht zum Verkauf der Pfandsachen. Dieses Recht übt der Gerichtsvollzieher durch den Pfandverkauf als Vertreter des Gläubigers aus (286). Seine rechtliche Stellung beim Verkauf gepfändeter Sachen ist die gleiche wie beim Verkauf verpfändeter Sachen gemäß § 1233 Abs. 2 BGB. (289 Anm. 41). Der Inhalt des Pfändungspfandrechts bildet also nicht — wie Kleinfeller, Lehrb. 638 lehrt — „nur das Recht auf Verwertung durch den Gerichtsvollzieher und das Recht auf Auslieferung des Erlöses" (vgl. auch zu §§ 704 ff. Ziff. 2 und zu §§ 803 ff. Ziff. 1).

2. *Wunderlich aaO. 72 f., 88 ff. Die Vorschriften der ZPO. über den Pfandverkauf sind Schutzvorschriften zugunsten des Pfandeigentümers. Letzteren versteht die ZPO. in §§ 815 Abs. 3, 816 Abs. 1 und 2, 817 Abs. 4 Satz 2, 819, 822, 823, 825, 826 Abs. 3 unter dem Schuldner.

§ 815. Abs. 3. **RG** JW. **06** 476. Erfolgt die Vollstreckung auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils, so gilt die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher — ebensowenig wie die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ohne Schuldanerkennung erfolgende Zahlung — nicht als eine die Forderung tilgende Zahlung von seiten des Schuldners.

§ 817. JustdBl. **06** 133 (Cöln). Der Meistbietende hat keinen Anspruch auf den Zuschlag. OLG. erklärt den Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen einen Gerichtsvollzieher dem Grunde nach für gerechtfertigt, der Emaillewaren weit unter dem Taxwert dem Meistbietenden zugeschlagen hat, ohne sich zuvor mit dem dadurch einen Ausfall erleidenden auswärtigen Gläubiger ins Einvernehmen gesetzt zu haben, weil hierin eine Fahrlässigkeit zu erblicken sei. Dazu Haubold aaO. Die Entsch. des OLG. ist vom **RG.** DJZ. **07** 427 aufgehoben und die Schadensersatzklage abgewiesen, da Fahrlässigkeit nicht vorliege.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. Abs. 2. 1. **RG.** RheinARV. **24** 59 hält daran fest, daß die Vorschrift des § 36 Ziff. 3 über die Bestimmung des zuständigen Gerichts unanwendbar ist, wenn eine mehreren Schuldnern gemeinschaftlich zustehende Forderung gepfändet werden soll. Vgl. JDR. **1** § 828 Ziff. 2, **3** § 828 Ziff. 2.

2. OLG. **13** 205, HansGZ. **06** Beibl. 157 (Hamburg). Die Pfändung einer Forderung durch ein unzuständiges Gericht ist unwirksam. Diese Unwirksamkeit kann von jedem durch den Erlaß des unwirksamen Beschlusses betroffenen dritten Gläubiger geltend gemacht werden, ohne daß es zuvor der formellen Aufhebung des unwirksamen Beschlusses im Beschwerdewege bedarf.

§ 829. 1. OLG. **13** 207 (KG.). Die gepfändete Forderung ist im Pfändungsbeschlusse genau zu bezeichnen. Die Bezeichnung „Forderung für gelieferte Zimmer-

arbeiten" wurde nicht für ausreichend erachtet, eine nähere Spezialisierung der Forderung in der II. Instanz des vom Pfändungsgläubiger gegen den Drittschuldner angestellten Prozesses für unzulässig erklärt. Vgl. JDR. 3 zu § 829 II Ziff. 1, **4** Ziff. 2.

2. R. **06** 1268 (Breslau). Das Leistungsverbot an den Drittschuldner und das Verfügungsverbot an den Schuldner sind unumgängliche Erfordernisse eines gültigen Pfändungsbeschlusses.

3. *Neumiller, R. **06** 895. Die öffentliche Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner entspricht einem dringenden Bedürfnisse der Praxis und ist weder durch die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der ZPO. noch durch die Natur des Pfändungsbeschlusses gehindert. Die Argumente zugunsten der Zustellung dieses Beschlusses mittels Ersuchens ausländischer Behörden gelten auch zugunsten der öffentlichen Zustellung.

4. OLG. Hamburg, SeuffA. **61** 119, HansGZ. **06** Beibl. 1, OLG. **11** 183, R. **06** 188. Der Drittschuldner, der nach der Zustellung des Pfändungsbeschlusses in Unkenntnis des Pfändungspfandrechts an den Schuldner zahlt, wird dadurch gegenüber dem Pfändungsgläubiger nicht von seiner Schuld befreit. S. JDR. 3 § 829 II 4, **4** Ziff. 4.

5. LG. Schweidnitz, BreslauAK. **06** 41. Die Pfändung eines Anspruchs kann dadurch illusorisch werden, daß sich der Schuldner wegen seines Anspruchs gegen den Drittschuldner durch Aufrechnung befriedigt.

§ 830. Literatur: Danziger, Wie pfändet man eine Briefhypothek, wenn sich der Hypothekenbrief noch in Bureauverwahrung des Grundbuchamts befindet? Gruchots Beitr. **50** 11 ff. — Hauser, Zwangsvollstreckung in Hypotheken. (Freiburger Abhandlungen a. d. Geb. d. öffentl. Rechtes. Heft 8.) Karlsruhe 1906.

Abs. 1. 1. *Danziger, GruchotsBeitr. **50** 12. Die Hypothek, welche für die zu pfändende Forderung besteht, muß eine Gläubigerhypothek sein. Steht sie gemäß § 1163 Abs. 2 BGB. noch dem Grundstückseigentümer zu, so ist der Anspruch auf Bestellung der Briefhypothek mitzupfänden, wozu eine ausdrückliche Pfändung nur dann notwendig ist, wenn man den vertraglichen Pfandrechtstitel nicht zu den Nebenrechten der Forderung im Sinne des § 401 BGB. zählt. Mit der Aushändigung des Briefes an den Pfändungsgläubiger oder an diesen und den Hypothekengläubiger, je nachdem schon eine Überweisung erfolgt ist oder nicht, wird alsdann das Afterpfandrecht kraft Gesetzes (§§ 1281, 1282, 1287 BGB.) erworben. Verweigert das Grundbuchamt oder der Eigentümer die Herausgabe des Briefes, so ist auf Grund des Pfändungsbeschlusses eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe des Briefes zulässig und erforderlich. — Liegt bereits eine Gläubigerhypothek vor, so entsteht zwar das Pfandrecht erst mit der Aushändigung oder Wegnahme des Briefes bei der Briefhypothek. Jedoch ist auf Grund des Pfändungsbeschlusses die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes zulässig, welche in Verbindung mit der obengedachten einstweiligen Verfügung zur Erlangung des Briefes führt.

2. *Hauser 16 f. Es genügt, wenn die eigentliche Pfändungsverfügung auf die Hypothek in einer diese genau bezeichnenden Weise Bezug nimmt; weder arrestatorium noch inhibitorium brauchen sie besonders zu erwähnen (12). Drittschuldner ist sowohl der Grundstückseigentümer wie der persönliche Schuldner; die Zustellung des Pfändungsbeschlusses hat deshalb an beide zu erfolgen (13). Wird die Besitznahme des Briefes im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt, so hat der Gerichtsvollzieher (bei Pfändung!) dem Schuldner die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen zu belassen. Befindet sich der Brief in Händen eines Vierten (etwa Depositars), so muß der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Briefes gepfändet und überwiesen werden. Die Pfändung ist

erst perfekt, wenn der Brief tatsächlich herausgegeben wird, nicht schon dann, wenn der Überweisungsbeschluß zugestellt ist (20 f.). Befindet sich der Brief in Händen des Gläubigers selbst, so wird die Pfändung perfekt nicht erst mit Zustellung des Beschlusses, sondern schon mit seiner Erlassung (bzw. Aushändigung) (21 f.). Zustellung des Pfändungsbeschlusses an Schuldner und Drittschuldner ist prinzipiell nicht notwendig, soll aber betätigt werden (24 f.).

Ist der Brief abhanden gekommen, so ist wirkliche Pfändung nur derart möglich, daß der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Aushändigung des neu zu beschaffenden Briefes sich pfänden und überweisen läßt; mit der Zustellung an den Drittschuldner ist diese Pfändung vollendet; ihre Wirksamkeit ist suspensiv bedingt von dem Umstande, daß das Grundbuchamt überhaupt in die Lage versetzt wird, einen neuen Brief für den Berechtigten zu beschaffen (23).

Die Pfändung einer eigenen Hypothekenschuld muß auch dann für statthaft erklärt werden, wenn man bezüglich der Pfändung einer eigenen schlichten (= nicht Hypotheken-) Schuld auf dem umgekehrten Standpunkt steht (40 ff.).

Eine Nachpfändung der Briefhypothek im Wege formeller Anschlußpfändung (§ 826) ist ausgeschlossen, weil der Brief nicht als bewegliche Sache gepfändet werden darf. Sie ist — abgesehen von dem Falle, wo der prior creditor mit der Pfändung einverstanden ist oder der Brief sich im Gewahrsam eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindet — nur auf dem (allerdings nicht stets zweckmäßigen) Wege zu erreichen, daß der Nachpfändende die Forderung des Erstpfändenden zahlt, einen Pfändungsbeschluß erwirkt und den Anspruch seines Schuldners auf Rückempfang des Briefes vom Erstpfändenden pfänden und sich überweisen läßt. Für seine neue Forderung (aus neg. gestio oder auf Grund eines Ablösungsrechts) kann er sich auch Sicherheit mit der Hypothek geben lassen (51 ff.). Die Hypothekenvollstreckung rückt der Geldvollstreckung nahe. Trotzdem ist analoge Anwendung des § 815 Abs. 2 ➸ Hinterlegung bei Glaubhaftmachung eines die Veräußerung hindernden Rechtes ⟵ weder erforderlich noch zulässig. — Bei Pfändung eines Teiles der Briefhypothek — ohne Herstellung eines Teilbriefs — kann nicht Übergabe des Briefes an Gläubiger, sondern nur an einen den Besitz für beide ausübenden Dritten verlangt werden; constitutum possessorium ist ausgeschlossen (29).

3. **RG. 63** 214, **JW. 06** 387, **DJZ. 06** 822. Die zur Pfändung einer Briefhypothek erforderliche Übergabe des Hypothekenbriefs wird nicht dadurch ersetzt, daß sich der Pfändungsgläubiger den Anspruch des Hypothekengläubigers gegen einen im Besitze des Briefes befindlichen Dritten auf Herausgabe des Briefes zur Einziehung überweisen läßt. Denn da die Überweisung zur Einziehung der Abtretung nicht gleichsteht (**RG. 27** 294, **20** 422, **18** 399), so kann durch sie auch der mittelbare Besitz an dem Briefe nicht übertragen werden. Vgl. JDR. **4** § 830 Ziff. 2.

4. **OLG. 13** 223 (Celle). Auf Grund des Beschlusses über die Pfändung einer Briefhypothek kann der Pfändungsgläubiger, falls der Gerichtsvollzieher den Brief beim Schuldner nicht findet, von diesem die Ableistung des Offenbarungseides aus § 883 Abs. 2 fordern. Ebenso Fuchs, Grundbuchrecht I 490 Erl. 13 ff. zu § 1154.

5. **RG. 63** 74, **JW. 06** 309. Eine Gesamthypothek kann, wie nur einheitlich abgetreten, so auch nur einheitlich gepfändet werden. Die Pfändung einer Gesamtbuchhypothek ist erst bewirkt, wenn die Pfändung auf dem Blatte eines jeden der mitverhafteten Grundstücke eingetragen worden ist.

6. Pfändung von Eigentümerhypotheken s. u. zu § 857.

7. Abs. 2. *Hauser 26 f. Die Vordatierung findet nur im Verhältnis zum Drittschuldner selbst statt, ein Vierter erwirbt auch nach Zustellung, selbst

wenn er sie kannte, die Hypothek unbelastet, sofern nur der Pfändungsakt noch nicht vollendet ist (Briefübergabe, Eintrag).

8. Abs. 3. *Hauser 36 f. Auch wenn die Pfändung der im § 1159 BGB. genannten Nebenrechte gleichzeitig mit der Pfändung der Hauptforderung erfolgt, ist für die Gültigkeit der Nebenforderungspfändung Zustellung erforderlich; es genügt nicht die Form des § 830 Abs. 1 ZPO., wo die Zustellung nicht zu den Essentialien gehört; die Vorschrift bezweckt vor allem auch den Schutz des Schuldners.

§ 835. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 227, SeuffA. **61** 481. Die Überweisung ist erst mit Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen (§ 829 Abs. 3). Der Nachweis dieser Zustellung gehört zu den Klagevoraussetzungen, mangels deren im Urkundenprozeß die Klage ohne weiteres abzuweisen ist.

2. **a**) KG., KGBl. **06** 64. Es ist anerkannten Rechtens, daß im Falle der Überweisung zur Einziehung der Pfändungspfandgläubiger nur das Recht zur Einziehung und Einklagung der gepfändeten Forderung erhält, daß aber die Forderung selbst durch diese Überweisung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet (vgl. Seuffert § 835 Anm. 3 Ia, c Abs. 2, Struckmann-Koch, § 835 Anm. 3 Abs. 2, Mandry-Seibt, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (4) 421 unter II, Gaupp-Stein § 835 Anm. IV a, b, Falkmann, Zwangsvollstreckung (1) 274; **RG. 18** 399, **20** 421, **21** 366, **27** 294, **29** 399, **49** 204). Ein Gläubiger des Pfändungspfandgläubigers kann deshalb auch nur dessen Einziehungs- und Einklagungsrecht weiterpfänden und sich seinerseits überweisen lassen, nicht dagegen das gepfändete Forderungsrecht selbst. — Abw. **b**) OLG. Cöln, PucheltsZ. **06** 84, RheinA. **102** I 117. Die Rechte aus der Überweisung sind nicht selbständige Rechte, sondern nur ein Ausfluß des dem Pfändungsgläubiger zustehenden Pfandrechts. Dies Pfandrecht ist aber unpfändbar. Denn nach § 1250 BGB. kann ein Pfandrecht nicht ohne die Forderung, für die es bestellt ist, übertragen werden, was nach § 1257 auch für Pfändungspfandrechte und nach § 1273 auch für Pfandrechte an Forderungen gilt. Da ferner nach § 1274 Abs. 2 an einem nicht übertragbaren Rechte auch ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann, so läßt das BGB. ein Pfandrecht an einem Pfandrecht nicht zu. Ein solches kann also auch nicht im Wege der gerichtlichen Pfändung erworben werden.

3. Aus dem Satze, daß bei Überweisung einer gepfändeten Forderung zur Einziehung die Forderung im Vermögen des Schuldners bleibt, folgert das KfmG. Berlin, DJZ. **06** 1036, daß der Gläubiger, der die Forderung eines Handlungsgehilfen gegen seinen Prinzipal gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, nicht Rechtsnachfolger des Handlungsgehilfen geworden und daß deshalb nach § 1 KfmGG. für die Klage des Pfändungsgläubigers gegen den Prinzipal die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts nicht gegeben sei. Dagegen Wasser aaO. 1313.

§ 836. Abs. 1. 1. OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 153. Durch die Pfändung und Überweisung einer Forderung zur Einziehung wird der Schuldner nicht gehindert, die Forderung im Klagewege gegen den Drittschuldner geltend zu machen. Er muß sein Verlangen nur auf Leistung an den Pfändungspfandgläubiger bzw. bei dessen Annahmeverweigerung auf Hinterlegung richten. Vgl. JDR. **1** § 836 Ziff. 1.

2. **RG.** BayRpflZ. **06** 187. Da durch die Pfändung und Überweisung nicht mehr Rechte auf den Pfändungsgläubiger übertragen werden können, als der Pfändungsschuldner hat, muß sich der Pfändungsgläubiger einer Hypothek auch die persönlichen Einreden entgegensetzen lassen, welche zur Zeit der Pfändung

Dritten gegen die Geltendmachung der Hypothek zustanden (§ 404 BGB.). Der Pfändungsgläubiger einer Eigentümergrundschuld muß sich also die Vereinbarungen des Subhastaten mit einem Nachhypothekar über Nichtbenutzung der Eigentümergrundschuld zum Nachteil des letzteren gefallen lassen, auch wenn sie nicht in das Grundbuch eingetragen sind.

3. NaumburgAK. **06** 40 (Naumburg). Ist eine Bauhandwerkerforderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen, so kann der Pfändungsgläubiger wie das Einziehungsrecht des Schuldners auch den Anspruch des Schuldners gegen den Grundstückseigentümer auf Bestellung einer Sicherungshypothek (§ 648 BGB.) ausüben. Diese Sicherungshypothek ist für den Pfändungsschuldner-Bauhandwerker einzutragen mit dem Vermerk, daß die gesicherte Forderung für den Pfändungsgläubiger gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen ist.

Abs. 3. 1. OLG. **13** 208, SeuffA. **61** 420 (Hamburg) = HansGZ. **05** Beibl. 279 f. JDR. **4** § 836 Ziff. 2 — betr. den Anspruch des Pfändungsgläubigers auf Herausgabe von Urkunden über die gepfändete Forderung gegen den Drittschuldner.

2. DJZ. **06** 1035 (Hamburg). Das Pfändungspfandrecht an der Forderung ergreift auch ein für dieselbe bestehendes Pfandrecht. In analoger Anwendung der §§ 1257, 401 BGB. (vgl. Prot. II 473, Gaupp-Stein § 829 Nr. 1) kann der Pfändungspfandgläubiger nach § 952 BGB. die über das Pfandrecht ausgestellte Urkunde von dem dritten Besitzer derselben herausverlangen.

§ 837. *Hauser 84 f. Der Antrag auf Eintragung der erfolgten Überweisung einer Buchhypothek zur Einziehung muß abgelehnt werden.

§ 841. (§ 842.) Grundmann, DJZ. **06** 1092. Der Pfändungsgläubiger hat gegenüber dem Pfändungsschuldner die Pflicht zur Auskunftserteilung, sobald er die gepfändete und ihm zur Einziehung überwiesene Forderung ganz oder zum Teil eingezogen hat.

§ 844. 1. **RG. 61** 330. Anordnungen gemäß § 844, welche durch ein unzuständiges Gericht erfolgen, sind wirkungslos. Hat jedoch das unzuständige Gericht die öffentliche Versteigerung des Rechts angeordnet, so schadet der Mangel dem bezüglich der Gerichtszuständigkeit gutgläubigen Erwerber der Forderung nicht (§§ 1273 Abs. 2, 1244, 1235, 1295, 932 BGB.).

2. KGJ. **31** A 315 (KG.). Wird gemäß § 844 die öffentliche Versteigerung der gepfändeten Forderung angeordnet, so kann der Gläubiger — ebenso wie gemäß § 816 Abs. 4 im Falle des Zwangsverkaufs gepfändeter Sachen — mitbieten.

§ 845. 1. LG. Mannheim, BuschsZ. **35** 463. Die Vorpfändung nach § 845 ist ein Akt der Zwangsvollstreckung mit der Wirkung eines bedingten Arrestpfandrechts. Gegen sie ist deshalb die Widerspruchsklage aus § 771 zulässig. Für diese ist das Gericht desjenigen Ortes ausschließlich zuständig, in welchem der Schuldner zur Zeit der Benachrichtigung seinen Wohnsitz hat. Dagegen Harder aaO. 465. Vgl. auch JDR. **4** § 845 Ziff. 2.

2. Tücking, R. **06** 925. Ist nach einer Vorpfändung (§ 845) oder gemäß § 930 auf Grund eines Arrestbefehls ein Pfändungsbeschluß ergangen und innerhalb der vorgeschriebenen Fristen gehörig zugestellt, so sind die Fristen gewahrt, weil eine bestimmte Vollstreckungshandlung begonnen hat. Liegt der Beginn einer Vollstreckungshandlung innerhalb der vorgeschriebenen Frist, so ist die Frist damit auch für die Fortsetzung dieser bestimmten Vollstreckungstätigkeit gewahrt.

§ 847. Widerspruchsklage gegen Pfändung eines Herausgabeanspruchs s. o. zu § 771 II Ziff. 1 c.

§ 848. *Güthe, GBO. 262. Die Vorschriften des § 866 Abs. 3 — Verbot der Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund von Vollstreckungsbefehlen und Titeln bis 300 M. — finden auch auf den Fall des § 848 Anwendung, denn sie gehen als Sondervorschriften den allgemeinen Vorschriften des § 848 vor. Sodann würde es eine nicht gerechtfertigte Folgewidrigkeit enthalten, daß die Eintragung einer Sicherungshypothek in den Fällen des § 866 Abs. 3 unzulässig wäre, wenn der Schuldner bereits als Eigentümer eingetragen ist, während eine solche Eintragung zulässig wäre, wenn der Schuldner nur einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hat. Der Umstand, daß im Falle des § 848 Abs. 2 die Sicherungshypothek kraft Gesetzes mit dem Übergang des Eigentums auf den Schuldner eintritt, ändert hieran nichts, sondern hat nur zur Folge, daß schon alle diejenigen Rechtsakte unzulässig sind, welche die Voraussetzungen der Entstehung der Sicherungshypothek bilden, d. h. die Pfändung und die Bestellung eines Sequesters. AM. die herrschende Meinung. Vgl. JDR. **1** § 848 Ziff. 2 u. § 866 V Ziff. 2, 3 zu § 848.

§ 850. Literatur: Baron, Pfändbarkeit des Scharfrichterlohns, R. **06** 435. — Behrend, Unpfändbare Versicherungsansprüche, eine Änderung der ZPO., DJZ. **06** 351. — Behrend, Die unpfändbaren Versicherungsansprüche im amerikanischen und deutschen Rechte, DJZ. **06** 955. — Francke, Bedeutung der Wertgrenze von 1500 Mark für die Unpfändbarkeit, BuschsZ. **36** 145 ff. — Hagen-Frankenthal, Pfändung von Arbeitslohn zugunsten von Unterhaltsforderungen eines unehelichen Kindes, SeuffBl. **06** 429 ff. — Jäger, Unpfändbare Versicherungsansprüche, DJZ. **06** 420. Vgl. zu allen Absätzen des § 850 und zum LohnBG. auch das Werk von Conrad o. zu § 811.

I. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. v. 21. 6. 69).

1. **§ 1.** **a**) In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (G. Meyer, Recht der Beschlagnahme (1) 21, Lisiecki-Drewes 113, Gaupp-Stein zu § 850 Nr. 29, OLG. Dresden, SeuffA. **55** Ziff. 125) nimmt das KG., OLG. **13** 209, an, daß die Bezüge eines Agenten als eines selbständigen Gewerbetreibenden nicht unter die Pfändungsbeschränkungen des § 850 Ziff. 1 ZPO., § 1 LohnBG. fallen — während OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 72 die Frage dahingestellt sein läßt. **b**) Baron aaO. Der Anspruch des Scharfrichters auf den für eine noch vorzunehmende Hinrichtung ihm zustehenden Lohn fällt jedenfalls dann nicht unter § 1 LohnBG., wenn er sich auf die für einen Einzelfall zwischen ihm und dem zuständigen Oberstaatsanwalt als Vertreter des Justizfiskus getroffene Vereinbarung stützt. **c**) HansGZ. **06** Beibl. 284 (Hamburg). Darin, daß der Schuldner, dessen Gehaltsforderung gepfändet ist, zur Vereitelung dieser Pfändung mit seinem Arbeitgeber nach Kündigung des alten einen neuen Vertrag schließt und sich das Gehalt derart vorausbezahlen läßt, daß eine erneute Pfändung der Gehaltsforderung nicht mehr möglich war, liegt weder ein Verstoß gegen § 826 BGB. noch gegen § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 288 StGB.

2. **§ 4.** Ziff. 3. OLG. **13** 210 (Breslau). Die Beitreibung gesetzlicher Unterhaltsbeiträge für eheliche Kinder gegen ihren Vater unterliegt keiner Beschränkung hinsichtlich des Umfanges des pfändbaren Arbeitslohns.

Ziff. 4. Francke, BuschsZ. **36** 145 ff. Wenn von Bezügen, welche für einen bestimmten Jahresabschnitt zu beziehen sind, gesagt wird, es komme in Betracht, ob sie die Summe von 1500 M. für das Jahr übersteigen, so kann dies mangels jedes auf andere Auslegung hinweisenden Umstandes doch nur heißen: es kommt darauf an, ob diese Bezüge, „auf ein ganzes Jahr berechnet", 1500 M. übersteigen oder nicht, ob also diese Bezüge, wenn sie ganzjährig sind, 1500 M., wenn sie halbjährige sind, 750 M., wenn sie vierteljährige sind, 375 M., wenn sie zweimonatige sind, 250 M., wenn sie einmonatige sind, 125 M., wenn sie einwöchige sind, 28,85 M., wenn sie eintägige sind, 5 M.,

(= 1500/300 Arbeitstage) übersteigen oder nicht übersteigen. Vgl. IDR. 3 u. 4 zu § 4 Ziff. 4 LohnBG.

3. **§ 4.** **a)** *Hagen-Frankenthal aaO. Bei der Pfändung von Arbeits- und Dienstlohn eines unehelichen Vaters zugunsten der Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes ist es zulässig, einen festen Betrag zu pfänden, auch wenn der Lohn Schwankungen unterliegt. Weder das Gesetz noch das Interesse des Schuldners erheischen, daß unter Freilassung einer bestimmten Summe nur der überschießende Teil des Lohnes gepfändet werden darf. Im Gegenteil, es liegt vielfach im Interesse des Schuldners, wenn ein fester Betrag gepfändet wird. Gegen etwaige Benachteiligungen kann sich der Schuldner durch Einwendungen nach § 766 ZPO. schützen, und es erscheint keinesfalls unbillig, von einem Schuldner, der es auf die Zwangsvollstreckung hat ankommen lassen, die Entfaltung einer ganz geringfügigen Tätigkeit zu verlangen. Nur bei der Pfändung eines festen Betrags wird der doppelte Zweck des Gesetzes: „Existenzminimum für den Schuldner" und „Erzwingung des Unterhaltsbeitrags für das uneheliche Kind" gewährleistet, während bei der Pfändung eines überschießenden Teiles des Lohnes unter Freilassung einer bestimmten Summe der Schikane des Schuldners Tür und Tor geöffnet bleibt. **b)** OLG. Dresden, SächsOLG. **27** 471. Bei Bemessung der Lohnabzüge, die einem Familienvater wegen der ihm gegenüber einem außerehelichen Kinde obliegenden Unterhaltspflicht zu machen sind, ist von maßgebender Bedeutung, wieviel von dem Lohn der Schuldner zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber Frau und Kindern bedarf. Da die Ehefrau Unterhalt nur nach dem „Vermögen" des Mannes (§ 1360 Abs. 1 BGB.), die Kinder nur nach ihrer Lebensstellung d. h. zugleich der des Vaters verlangen können, bei Beurteilung des Vermögens und der Lebensstellung aber die Schulden des Vaters zu berücksichtigen sind, so müssen sowohl die Ehefrau, wie die ehelichen Kinder des Schuldners sich entsprechende Beschränkungen zugunsten des außerehelichen Kindes auferlegen. **c)** LG. Flensburg, SchlHolstAnz. **06** 24; LG. München I, JustdRundsch. **06** 76. Die Erweiterung der Pfändbarkeit des Arbeitslohns im § 4a besteht auch für die Kosten des Alimentationsprozesses. Ebenso OLG. Celle, IDR. **3** § 850 I Ziff. 4a; abw. LG. Frankenthal, IDR. **4** § 850 Ziff. 3 zu § 4 Ziff. 3 LohnBG. und OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 108.

II. Ziff. 2. 1. PosMschr. **06** 130 (Posen). Die auf Grund eines Altenteils zu gewährenden einzelnen Leistungen an Naturalien und Geldbeträgen sind weder auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimente (§ 850 Abs. 1 Ziff. 2), noch fortlaufende Einkünfte, die der Schuldner auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht (§ 850 Abs. 1 Ziff. 3), wenn das Altenteil sich nach dem Überlassungsvertrage als Gegenleistung des Erwerbers des Grundstücks darstellt.

2. PucheltsZ. **06** 407, RheinA. **102** I 271 (Cöln). Bezüglich der Pfändbarkeit von Sachen und Rechten findet der Grundsatz der Surrogation keine Anwendung (vgl. Gaupp-Stein § 850 Anm. I, Petersen-Anger § 85 Anm. I 2, Seuffert § 850 Anm. 2d, Falkmann (1) 240). Das zur Erfüllung einer Unterhaltspflicht Geleistete unterliegt daher nicht dem Pfändungsverbot des § 850 Abs. 1 Ziff. 2. **b)** David, R. **06** 1368 f. Die Unpfändbarkeit der Unterhaltsforderung überträgt sich nicht auf den Anspruch, den der Unterhaltsberechtigte gegen seinen Prozeßbevollmächtigten auf Aushändigung des für ihn als Zahlung auf die Unterhaltsverbindlichkeit angenommenen Geldes erworben hat. — Macht sich der Unterhaltsverpflichtete dies dadurch zunutze, daß er den Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Auszahlung der von ihm an

dessen Prozeßbevollmächtigten gezahlten Summe für eigene Ansprüche pfändet, so hilft dem Berechtigten das materielle Recht (§ 242 BGB.).

III. Ziff. 4. 1. SeuffA. **61** 212 (Breslau). Hebungen aus Sterbekassen sind — im Gegensatze zu den von Lebensversicherungsanstalten zu zahlenden Versicherungssummen — Beträge, welche den Angehörigen des gegen Prämie oder einmalige Summenzahlung Versicherten im Falle des Todes des Versicherten über alle mit dem Todesfall verbundenen Ausgaben hinweghelfen sollen, während die Lebensversicherungssumme ein Vermögen darstellt, welches den Hinterbliebenen ihr Vermögensinteresse am Fortleben des Versicherten ersetzen soll.

2. LG. Plauen, FischersZ. **31** 229, bejaht auf Grund von § 56 Abs. 2 KrankVG. § 13 EGZPO. die Zulässigkeit der unbeschränkten Pfändung des Anspruchs des Schuldners gegen eine Ortskrankenkasse auf Zahlung von Krankengeld zugunsten des Unterhaltsanspruchs der ehelichen Kinder gegen Petersen-Anger Anm. 8 u. 14 zu § 850 Abs. 4, jedoch in Übereinstimmung mit Gaupp-Stein Anm. IV c 1 zu § 850 und OLG. Posen, OLG. **1** 155. Vgl. JDR. **1** § 850 V, **4** § 850 III.

3. Abs. 2. KGBl. **06** 76 (LG. Frankfurt a. O.). Eine Zusammenrechnung verschiedener Kategorien von nach § 850 unpfändbaren Forderungen des Schuldners zur Ermöglichung der Pfändung eines Teiles des Gesamteinkommens findet nur bei denen der Ziff. 7 u. 8 statt, wie sich aus Abs. 2 ergibt. Die übrigen Kategorien sind sowohl im Verhältnis zueinander wie zu denen der Ziff. 7 u. 8 selbständige. Unter „sonstigen Bezügen" sind also in Abs. 2 auch nur die in Ziff. 7 und 8 aufgeführten gemeint.

4. Abs. 3. SeuffA. **61** 295, SächsOLG. **27** 365 (Dresden). Die Vorschrift des § 850 Abs. 3 findet auch auf Geldrenten Anwendung, die bei gleichem Tatbestande nach früherem Rechte zugesprochen sind. Die Bezugnahme auf § 843 BGB. steht dem nicht — wie das OLG. Stettin, OLG. **3** 155, vgl. JDR. **1** § 850 IX angenommen hat — entgegen, da durch sie nur klargestellt werden soll, daß neben einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit noch die weiteren Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht vorliegen müssen, wie sie sich aus § 843 selbst und aus den sonstigen Bestimmungen des 25. Titels des 7. Abschnitts des 2. Buches des BGB. ergeben.

5. Unpfändbare Versicherungsansprüche. Behrend aaO. 35 behandelt die Tragweite des § 15 des Entwurfs eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, nach welchem die Forderung aus der Versicherung der Pfändung insoweit nicht unterworfen ist, als sich die Versicherung auf unpfändbare Gegenstände bezieht. Zu diesem Aufsatze macht Jäger aaO. einige Gegenausführungen. — Behrend aaO. 955 weist auf einschlägige Vergleichspunkte des deutschen und des amerikanischen Rechtes und auf die Bedeutung der von der Reichstagskommission vorgenommenen Änderungen des § 15 Entw. hin.

§ 851. 1. **a**) OLG. **13** 211 (KG.). Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Hergabe von Baugeld auf Grund eines Baugeldvertrags ist verneint, einmal weil im vorliegenden Falle durch Vereinbarung der Darlehnsgeberin mit dem Schuldner die Abtretung des Anspruchs ausgeschlossen gewesen sei, sodann, weil überhaupt die der Darlehnsgeberin obliegende Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts der Leistung erfolgen könne (§ 399 BGB.). **b**) Die Pfändbarkeit verneinen LG. und OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **05** 259, dagegen bejaht dieselbe: LG. Breslau, ZBlFG. **6** 612, in ausgesprochenem Gegensatze zu Dechamps, DJZ. **05** 903, JDR. **4** § 851 Ziff. 1. Hiergegen Heilborn, ZBlFG. aaO. **c**) LG. München I, JustdRundsch. **06** 76. Der Anspruch auf Baukapitalien ist pfändbar, soweit die in Frage kommenden Beträge zur Ausführung des Baues aus irgendwelchen

Gründen nicht mehr gebraucht werden. — Ähnlich: LG. München I, SeuffBl. **06** 659, unter Berufung auf Staudinger Bem. II 9 c β zu § 607 BGB., Friedländer, SeuffBl. **04** 206 ff., OLG. München, BayRpflZ. **05** 205, LG. Breslau, ZBlFG. 6 612. — Vgl. JDR. **3** § 851 III Ziff. 2, **4** § 851 Ziff. 1.

2. R. **06** 1322 (Cassel). Der Anspruch aus einem pactum de mutuo dando ist nicht pfändbar.

§ 853. Literatur: Oegg, Die Hinterlegung nach § 853 ZPO. und ihre befreiende Wirkung, BayRpflZ. **06** 281 ff., 304 ff.

1. *Oegg aaO. (Gegen die herrschende Meinung, s. Gaupp-Stein, ZPO. (6/7) zu § 853). Die ZPO. bestimmt die Voraussetzungen der Hinterlegung, die Schuldbefreiung des Drittschuldners tritt jedoch nur nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, jetzt des BGB., ein. Aus der ZPO., insbesondere den Bestimmungen über das Verteilungsverfahren folgt nicht, daß die Rücknahme der Hinterlegung ausgeschlossen ist. Vielmehr entscheidet das bürgerliche Recht darüber, ob die Hinterlegung zurückgenommen werden kann oder nicht, und welche Bedeutung dies für die befreiende Wirkung der Hinterlegung hat.

2. SchlHolstAnz. **06** 122 (Kiel). § 853 geht von dem Regelfall aus, daß nur Pfändungsbeschlüsse von Amtsgerichten vorliegen. Konkurrieren ein amtsgerichtlicher und ein landgerichtlicher (Arrest-) Pfändungsbeschluß, von denen letzterer zuerst zugestellt ist, so hat in entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 853 die Anzeige an das Landgericht zu erfolgen, das dann die Sache an das Amtsgericht seines Sitzes abzugeben hat.

3. BayRpflZ. **06** 21 (Bamberg). Die Kosten der Hinterlegung nach § 853 sind, da die Hinterlegung das Verteilungsverfahren vorbereitet, Zwangsvollstreckungskosten, welche nach § 788 Abs. 1 dem Vollstreckungsschuldner zur Last fallen. Der Drittschuldner kann sie bei der Hinterlegung abziehen; wenn dies nicht geschehen ist, sind die Kosten wie solche des Verteilungsverfahrens nach § 874 Abs. 2 vorweg aus der Masse abzuziehen.

§ 857. Literatur: Bendix, Wie sind „Leihmöbel" pfändbar, KGBl. **06** 69. — du Chesne, Eintragung und Zustellung an den Eigentümer bei der Pfändung der Eigentümerbuchhypothek, PosMschr. **06** 93 f. — Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, GruchotsBeitr. **50** 551.

I. Abs. 1. 1. BraunschwZ. **06** 106 (Braunschweig). Für die Pfändung des Anteils eines Miteigentümers an der gemeinschaftlichen Sache sind die Eigentumsgenossen als Drittschuldner zu behandeln. Ihnen ist vom Vollstreckungsgericht zu verbieten, mit dem Schuldner zu teilen oder an denselben sonstige aus dem Miteigentume fließende Leistungen zu machen, durch welche die Befriedigung des Gläubigers vereitelt werden könnte (vgl. Gaupp-Stein § 857 Anm. II 1, III, Petersen-Anger § 857 Bem. 3, Struckmann-Koch § 857 Anm. 1 a).

2. SeuffA. **61** 422 (Dresden). Pfändbar ist auch der Anspruch des Schuldners auf Umschreibung eines ihm bereits aufgelassenen, aber — z. B. wegen unterlassener Kostenvorschußleistung — noch nicht auf ihn eingetragenen Grundstücks auf seinen Namen. ➛ Darüber, ob für diesen „Anspruch" das Grundbuchamt als Drittschuldner anzusehen ist, oder ob für ihn ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, äußert sich die Entscheidung nicht. Red. ⟵

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 255. Der Safe-Inhaber hat gegen die Bank keinen „Herausgabeanspruch", sondern nur ein ius tollendi. Dieses und der Anspruch auf Duldung der Ausübung desselben gegen die Bank sind als Vermögensrechte i. S. des § 857 Abs. 1 unter analoger Anwendung von § 846 pfändbar. Die Bank hat wegen ihrer Ansprüche gegen den Safe-

Inhaber als Vermieterin ein gesetzliches Pfandrecht (§§ 599 ff. BGB.), braucht sich aber zufolge ihres Mitbesitzes nicht auf den Anspruch auf Vorabbefriedigung aus § 805 ZPO. verweisen zu lassen, ist vielmehr zur Geltendmachung des Rechtes aus § 561 BGB., des Zurückbehaltungsrechts sowie des etwaigen weitergehenden Selbsthilferechts der Vertragsbestimmungen auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber befugt. Soweit die Bank Ansprüche nicht hat, kann sie der ZwV. nicht widersprechen, event. muß der Pfändungsgläubiger gegen sie auf Duldung der Entnahme des Safe-Inhalts klagen. Vgl. JDR. **3** § 857 III 1.

II. Abs. 2. 1. **a**) Das KG., KGBl. **06** 109, tritt der Ansicht Neukamps — JDR. **3** § 844 und § 857 II 1 — bei, daß die Pfändung und Verwertung eines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß §§ 857, 844 zu erfolgen hat. Vgl. auch JDR. **4** § 850 II Ziff. 1. **b**) OLG. **13** 206 (Cöln). Die Pfändung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfolgt, da ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, lediglich durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an den Gesellschafter.

2. Pfändung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. **a**) **RG. 63** 214, JW. **06** 387 (25. 4. 06), 758 (24. 10. 06). Nach dem Zuschlag erfolgt die Pfändung des aus einer Eigentümerhypothek dem Subhastaten zustehenden Anspruchs auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an den Subhastaten. Mit dem Zuschlag hat nach §§ 52, 91 ZVG. die Eigentümerhypothek als solche zu bestehen aufgehört, an ihre Stelle ist der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse getreten. Dieser Befriedigungsanspruch, in den sich die Hypothek aufgelöst hat, der aber, da die Hypothek in der Belastung eines Grundstücks besteht (§ 1113 BGB.), eine Hypothek nicht mehr darstellt, ist wie jedes andere Forderungsrecht pfändbar. Auf die Pfändung findet, eben weil es sich nicht mehr um eine Forderung handelt, für die eine Hypothek besteht, § 830 keine Anwendung. Es bedarf daher weder der Wegnahme des Briefes (bei Briefhypotheken), noch der Eintragung der Pfändung ins Grundbuch (bei Buchhypothek), um die Pfändung wirksam werden zu lassen. Vgl. JDR. **3** § 857 Ziff. 3 b, **4** § 857 Ziff. 2 c und Jaeckel, GruchotsBeitr. **50** 600 Anm. 2. **b**) **RG.** ZBlFG. **6** 408. Wird die Pfändung einer Eigentümerhypothek erst nach dem Zuschlage bewirkt und umfaßt sie ausdrücklich den Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse mit, so wird sie nach § 857 Abs. 2 lediglich durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Subhastaten wirksam.

3. Pfändung der Ansprüche aus dem „Möbelleihvertrage". **a**) *Bendix aaO. Der obligatorische Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Eigentumsübertragung stellt sich dar als ein durch die Restzahlung bedingter Anspruch auf Abgabe der Erklärung des Verzichts auf den dem Vermieter allein noch verbliebenen Herausgabeanspruch. Diesen Anspruch kann der Vermieter auch dem Gläubiger des Mieters übertragen. Ist der Gläubiger alsdann zum Verzicht auf den Herausgabeanspruch ebenso bereit, wie der Vermieter-Schuldner, so kann der Mieter gegen diesen nicht mehr vorgehen (§§ 226, 826 BGB.). — Der Gerichtsvollzieher muß die im Gewahrsam des Mieters befindlichen Leihmöbel pfänden, auch wenn ihm bekannt ist, daß sie dem Vermieter gehören. Die Rechtsansicht der Nr. 2 § 57 GeschAnw. f. GerVollz. v. 1. 12. 99 steht nicht entgegen. Der Vermieter ist zur Annahme des Restkaufgeldes verpflichtet und gegen diese zur Aufgabe seines Herausgabeanspruchs, sei es dem Gläubiger, sei es dem Mieter gegenüber. In beiden Fällen kann der Gläubiger versteigern lassen. Nach §§ 1256, 1257 BGB. kann er auch die Leihmöbel pfänden, nachdem der Vermieter das Eigentum daran ihm übertragen hat. Vgl. JDR. **4** § 857 II 3. **b**) Das LG. Neuruppin, NaumburgAK. **06** 10, ist der

Ansicht von Liebrecht, KGBl. 05 13 — JDR. aaO. —, beigetreten, daß bei einem Kaufe mit Eigentumsvorbehalt bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises, nach Übergabe der Kaufsache das Eigentumsrecht selbst — nicht ein Anspruch auf Eigentumsübertragung — bedingt sei und daß dieses bedingte Eigentumsrecht nach § 857 pfändbar sei.

III. Abs. 6. Pfändung der Eigentümerhypothek (=Grundschuld). 1. Oberneck aaO. behandelt nach einleitenden Bemerkungen über Begriff und Wesen der Eigentümerhypothek die Pfändung a) der „Hypothek des Eigentümers" (§ 1143 BGB.), b) der „eigentlichen Eigentümerhypothek" — Eigentümergrundschuld — (§§ 1163, 1168, 1169—1171, BGB. 868 ZPO.). Zu b unterscheidet er drei Fälle: 1. den, daß die EH. als solche bereits auf den Eigentümer umgeschrieben, 2. den, daß die EH. noch nicht umgeschrieben, aber ihre Entstehung (nach Maßgabe des § 22 GBO. und bei der Briefhypothek nach Maßgabe des § 1155 BGB.) nachweisbar ist, 3. den, daß sie eine erst möglicherweise eintretende, eine zukünftige Eigentümerhypothek ist. — Zu a. Da im Falle des § 1143 BGB. in Ansehung der Forderung ein Drittschuldner gegeben ist, hat die Vollstreckung lediglich eine Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, zum Gegenstande. Die Pfändung erfolgt unmittelbar nach § 830. Bei der Buchhypothek bedarf es wegen § 40 GBO. zur Eintragung der Pfändung der vorgängigen oder gleichzeitigen Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Hypothek (560). Zu b 1. Die Pfändung der bereits gebuchten EGrundschuld bietet keine Schwierigkeiten. Die Pfändung wird auf Grund des dem Eigentümer zugestellten Pfändungsbeschlusses eingetragen, der Brief vom Gerichtsvollzieher weggenommen, § 830 ZPO. (561). — Zu b 2. Hier bedarf es bei Buchhypotheken der vorgängigen oder gleichzeitigen Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer. § 14 GBO. und § 792 ZPO. verhelfen dem Gläubiger nicht in allen Fällen dazu. Bedarf der Gläubiger noch anderer als der in dem § 792 erwähnten Legitimationsurkunden, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner oder ein Dritter sie besitzt. Im ersteren Falle hilft § 836 Abs. 3, indem der Gläubiger ohne besondere Überweisung des Herausgabeanspruchs lediglich auf Grund des Überweisungsbeschlusses bezüglich der Hypothek die Herausgabe der Urkunden nach Maßgabe der §§ 883 ff. erwirken kann. Im letzteren Falle — ebenso, wenn bei der Briefhypothek ein Dritter den Brief besitzt, — dagegen bedarf es der besonderen Pfändung und Überweisung des Herausgabe- und des Berichtigungsanspruchs. (Abw. die herrschende Meinung; vgl. Sydow-Busch Anm. 5 zu § 836.) Bei Pfändung des Herausgabeanspruchs ist anzuordnen, daß die näher zu bezeichnenden Urkunden dem vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sind (§ 847). Handelt es sich um eine Teileigentümerbriefgrundschuld, so ist hinzuzusetzen, daß der Brief zwecks Bildung eines Teilbriefes oder zwecks Vorlegung dem zuständigen Grundbuchamt herauszugeben ist (563). Daneben muß im Wege der einstweiligen Verfügung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zugunsten des Schuldners eingetragen werden, um zu verhüten, daß der eingetragene Hypothekengläubiger zum Nachteile des Pfändungsgläubigers verfügt. Um eine Kollusion zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer zu verhindern, ist es ratsam, die einstweilige Verfügung unmittelbar nach der erfolgten, die Voraussetzung für die Antragsberechtigung bildenden Zustellung des Pfändungsbeschlusses bezüglich des Berichtigungsanspruchs zu beantragen. Gegen nachteilige Verfügungen des Eigentümers ist der Pfändungsgläubiger aber auch durch diesen Widerspruch nicht geschützt (568). Die in letzter Beziehung abw. Meinung des OLG. Dresden, ZBlFG. 6 340 und SächsOLG. 26 552, Koppers, DJZ. 05 731, Jaeckel (2) 385, 386, Oberneck I 849, 850, die sich auf § 830 Abs. 2 gründet,

unterliegt erheblichen Bedenken. Vgl. IDR. 4 § 857 IV Nr. 2, 3, insbes. Buhe, dort, und RG. 59 314. — O. behandelt weiter: die Fassung des Pfändungsantrags, die Art und Weise der Briefübergabe (körperliche Übergabe erforderlich?), die Verschiedenheiten der Pfändung vor und nach dem Zuschlage im Anschluß an die Entscheidung des RG. ZBlFG. 6 408 — s. o. zu II Ziff. 2 b. Er empfiehlt, sobald die Zwangsversteigerung eingeleitet ist, stets nicht nur die angebliche Eigentümerhypothek, sondern auch den Anspruch auf den Versteigerungserlös zu pfänden. — O. bespricht ferner den Einfluß der Vormerkung des § 1179 BGB. auf die Pfändung und die Pfändung der „nicht valutierten Grundschuld" (vgl. RG. 60 251 — IDR. 4 § 1163 BGB. Ziff. 7). Da die Pfändung der nicht valutierten G. als Eigentümergrundschuld nicht erfolgen könne, empfehle es sich, den Anspruch des Eigentümers gegen den eingetragenen Gläubiger auf Verzicht auf sein Grundschuldrecht gemäß § 1169 BGB. nach § 857 Abs. 1 ZPO. zu pfänden, was allerdings vor dem Zuschlage geschehen müsse. — Zu 2 c bekämpft O. in eingehender Darlegung die Entsch. des RG. v. 18. 9. 05, RG. 61 374 — IDR. 4 § 857 III Ziff. 4c, s. unten Ziff. 8 a betr. die Unzulässigkeit der Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek (576—596).

2. *Güthe, GBO. 418 f. Die Pfändung der Eigentümerhypothek erfolgt nach den §§ 830 Abs. 1, 857 Abs. 6. Es ist also bei Eigentümerbriefhypotheken Pfändungsbeschluß und Briefübergabe, bei Eigentümerbuchhypotheken Eintragung nötig und genügend.

3. *Hauser 43 ff. (vgl. o. § 830). Eine forderungsbekleidete Eigentümerhypothek wird nach § 830 gepfändet, nicht weil § 857 Abs. 6, sondern weil § 830 unmittelbar Anwendung findet.

4. *du Chesne, PosMschr. 06 93. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Pfändung einer Hypothek auf die Eigentümerhypothek (§ 857 Abs. 6 ZPO.) kann nicht dahin führen, daß man die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer für ausreichend erachtet; vielmehr muß man beim Fehlen eines wirklichen Drittschuldners auch die Zustellung des Leistungsverbots an ihn für überflüssig, die Pfändung also als erst mit der Eintragung wirkend ansehen.

5. OLG. Stuttgart, SeuffBl. 06 299, R. 06 944, ist der herrschenden Meinung — s. IDR. 3 § 857 IV Ziff. 1 b — beigetreten, daß zur Gültigkeit der Pfändung einer Eigentümerbuchhypothek die Eintragung der Pfändung ins Grundbuch erforderlich sei.

6. OLG. Dresden, BuschsZ. 35 244. Haben zwei Gläubiger (A. und B.) nacheinander eine Eigentümerhypothek und den dem Eigentümer gegen den noch eingetragenen dritten Hypothekengläubiger (C.) zustehenden Berichtigungsanspruch gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen, so muß C. in die dem zweitpfändenden B. zu erteilende Umschreibungsbewilligung (auf den Namen des Eigentümers) einen das Pfändungspfandrecht des erstpfändenden A. wahrenden Vorbehalt aufnehmen. Das Grundbuchamt hat dann, wenn B. die Umschreibung der Hypothek und die Eintragung seines Pfandrechts beantragt, nach Vornahme der Umschreibung bei Eintragung des Vollstreckungspfandrechts einen Vermerk zu machen, wonach das etwa noch zur Eintragung kommende gleichartige Recht des A. den Vorrang erlange.

7. v. Amelunxen führt ElsLothNotZ. 06 97 gegen den ebendort 05 374 mitgeteilten Beschluß des AG. Colmar aus, daß auch in Elsaß-Lothringen, bevor das Grundbuch dort als angelegt anzusehen ist, trotz § 100 Abs. 3 ElsLothAG. BGB. die Pfändung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek ohne ausdrückliche Rückumwandlung in eine Hypothek zulässig sei.

8. Pfändung „künftiger" Eigentümerhypotheken. **a)** Der Beschluß des **RG.** v. 18. 9. 05 — JDR. **4** § 857 III Ziff. 4c — betr. die Unzulässigkeit der Eintragung der Pfändung einer zukünftigen Eigentümerhypothek in das Grundbuch, wird jetzt auch **RG. 61** 374, ZBlFG. **6** 519 und BayObLG. **6** 425 (hier nach Mitteilung des im Ergebnis übereinstimmenden Beschl. des BayObLG.) ausführlich mitgeteilt. Wie RG. jetzt auch BayObLG. in einem neuen Beschlusse (16. 12. 05) DJZ. **06** 883. **b)** Seuffert, BayRpflZ. **06** 49, erörtert die widersprechenden Beschlüsse des BayObLG. und des Reichsgerichts. Er tritt im Ergebnis dem Reichsgericht dahin bei, daß die Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken nicht in das Grundbuch eingetragen werden dürfe. Die vom RG. dahingestellt gelassene Frage, ob ein Pfändungsbeschluß bezüglich dieser Hypotheken erlassen werden könne, bejaht er. Nur die Vollziehung dieses Pfändungsbeschlusses bleibe unzulässig, bis die Eigentümerhypothek entstanden und auf den Eigentümer umgeschrieben sei. Der Gläubiger könne sich aber alsbald nach Erlaß des Pfändungsbeschlusses durch Einreichung desselben beim Grundbuchamt und Stellung eines bedingten Eintragungsantrages den Rang sichern. (Oberneck, GruchotsBeitr. **50** 587, hält letzteres wegen § 16 Abs. 1 GBO. für unzulässig.) **c)** Dagegen wird die Pfändbarkeit — nicht nur die Zulässigkeit der Eintragung der Pfändung — der aus Nebensachekautionshypotheken des früheren bayr. Rechtes möglicherweise künftig entstehenden Eigentümerhypothek im Gegensatz zu Seuffert aaO., jedoch in Übereinstimmung mit v. Henle, R. **06** 69, verneint in den Beschlüssen der 4. KfHS., der 2. und 5. ZivK. des LG. München, Justd. Rundsch. **06** 89, SeuffBl. **06** 161.

§ 859. Abs. 2. 1. KG., KGJ. **31** A 263, RJA. **6** 235, DJZ. **06** 148, ZBlFG. **6** 728, ElsLothNotZ. **06** 147, R. **06** 188. Die durch die Pfändung eines Erbanteils bewirkte Verfügungsbeschränkung des Erben bezieht sich nicht nur auf Verfügungen über den Erbteil als solchen, sondern auch auf Verfügungen über die einzelnen Gegenstände der Erbschaft, zu denen der Erbe nur in Gemeinschaft mit den übrigen Erben befugt ist (§ 2040 Abs. 1). Da die richterlichen Verfügungsbeschränkungen ebenso wie die gesetzlichen gegen jedermann wirken (§ 136 BGB.), im Grundstücksverkehr aber gutgläubigen Dritten gegenüber nur nach Eintragung in das Grundbuch (§ 892 Abs. 1 BGB.), so ist das Grundbuch unrichtig, solange nicht die Verfügungsbeschränkung eingetragen ist. Die Pfändung des Erbanteils kann deshalb im Wege des Berichtigungsverfahrens eingetragen werden (vgl. ZBlFG. **3** 827, GruchotsBeitr. **48** 58, DJZ. **00** 393, Gaupp, ZPO. § 859 Bem. III; KG., OLG. **4** 354, RJA. **3** 154). Durch die Eintragung gelangt aber nicht etwa eine Belastung eines — gar nicht — existierenden Anteils des Erben an dem Nachlaßgrundstück, sondern lediglich die in der Pfändung des Erbanteils liegende Verfügungsbeschränkung des Miterben dahin zum Ausdruck, daß er in Gemeinschaft mit den Miterben nicht ohne Zustimmung des Gläubigers über das Grundstück verfügen darf. Die Eintragung hat daher in der II. Abteilung zu erfolgen. Ebenso: OLG. Colmar (Beschl. v. 14. 4. 06), ElsLothNotZ. **06** 147, für den Fall einer rechtsgeschäftlichen Verpfändung. Abw. OLG. Karlsruhe, DNotV. **06** 496, jedoch nur für den Fall rechtsgeschäftlicher Verpfändung. Vgl. hierzu: v. Amelunxen, Verpfändung von Anteilen an der Gesamthand, ElsLothJZ. **06** 604 ff. Vgl. JDR. **3** § 859 Ziff. 3, 4.

2. ElsLothJZ. **06** 14 (Colmar). Die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse ergreift nicht die einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenstände, sondern gibt dem Pfandgläubiger nur das Recht, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu betreiben oder den gepfändeten Erbteil nach Maßgabe der Bestimmungen über die ZwV. zu veräußern.

3. R. **06** 1203 (Cöln). Die zwischen mehreren Erben nach BGB. bestehende Gemeinschaft zur gesamten Hand ergreift auch den an die Stelle eines veräußerten Nachlaßgegenstandes tretenden Erlös. Auch dieser ist daher der Pfändung gemäß § 859 entzogen.

4. Über Pfändbarkeit erbanwartschaftlicher Ansprüche des früheren sächsischen Rechtes vor Anfall der Erbschaft an den Anwärter handelt OLG. Dresden, SächsOLG. **27** 537.

§§ 860 ff. Königsberger, WürttZ. **05** 353, handelt über die Pfändbarkeit der statutarischen Nutznießung des überlebenden Ehegatten an dem sog. hinterfälligen Vermögen der gemeinschaftlichen Kinder und gewisser anderer Miterben nach württembergischem Rechte.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 864. Literatur: Burghart, Zur Zwangsvollstreckung in Grundstücksanteile nach neuem Rechte, JustdRundsch. **06** 57.

1. Burghart aaO. Sind im Grundbuch die Bruchteile der einzelnen Miteigentümer des Grundstücks — wie in Bayern auf Grund des bis 1900 geltenden Rechtes — noch nicht angegeben, so bedarf es vor Einleitung der Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines der Miteigentümer der Berichtigung des Grundbuchs. Ebenso BayObLG. aaO. 58.

2. LG. Mannheim, BadRpr. **06** 234. In Bruchteile von Anteilen eines Miteigentümers findet die Zwangsvollstreckung nicht statt.

§ 865. Abs. 2. 1. OLG. Dresden, JustdBl. **06** 134, SächsRpflA. **06** 235. Das Pfändungsverbot des § 865 Abs. 2 Satz 2 gilt, wie der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung ergeben, nicht nur zugunsten des betreibenden Gläubigers, sondern allgemein. Vgl. JDR. **3** § 865 Ziff. 1, **4** Ziff. 2.

2. RG. **63** 371, PucheltsZ. **06** 529 bleibt bei seiner schon früher — **55** 207, s. JDR. **3** § 766 II 2 — ausgesprochenen Ansicht, daß dem Hypothekengläubiger gegen die Pfändung ihm haftender Zubehörstücke sowohl der Rechtsbehelf aus § 766 als auch die Widerspruchsklage aus § 771 zu Gebote stehe. Vgl. auch JDR. **1** § 865 Ziff. 1, 6, **3** § 865 Ziff. 5, **4** § 865 Ziff. 3. Ebenso OLG. München, BayRpflZ. **06** 20, OLG. Cöln, RheinA. **102** I 126.

3. RheinA. **102** I 126 (Cöln). Aus § 865 Abs. 2 ergibt sich a contrario, daß die Pfändung von getrennten Bestandteilen, obwohl ihre hypothekarische Haftung bestehen bleibt, zulässig ist, daß ihr also der Hypothekengläubiger weder nach § 771 noch nach § 766 widersprechen kann. Ihm bleibt lediglich die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse nach § 805, oder, sofern auch er gepfändet hat, die Möglichkeit, seinen Anspruch im Verteilungsverfahren geltend zu machen.

§ 866. 1. Abs. 1. **a)** KG., RJA. **7** 215, ZBlFG. **7** 442. Der in der Literatur (vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht (3) III § 244, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (3) I 990) vertretenen Ansicht, daß die Eintragung einer Hypothek nach §§ 866 ff. lediglich ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei, kann nicht beigetreten werden. Die Eintragung ist vielmehr eine Unterart der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, wenn sie auch zunächst mehr einen die Befriedigung des Gläubigers nur vorbereitenden und sichernden Charakter hat. Auf sie finden deshalb auch die §§ 740, 745, 794, 795 Anwendung. Eine vollstreckbare — mit Vollstreckungsklausel versehene und zugestellte — Urkunde aus § 794 Ziff. 5, in welcher der in Gütergemeinschaft lebende Ehemann sich wegen einer Schuld des Gesamtgutes der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut unterwirft, bildet deshalb gemäß §§ 740, 866 eine genügende Grundlage für die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf einem Gesamtguts-

grundstücke. Daß der Ehemann durch Ausstellung einer solchen Urkunde die Beschränkungen seiner rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht (§§ 1444—1446 BGB.) umgehen kann, ist nicht zu verkennen, ist aber die vom Gesetzgeber vorausgesehene (vgl. Mot. IV 353) Folge der Bestimmungen, daß der Ehemann zur alleinigen Vertretung des Gesamtguts in Rechtsstreitigkeiten befugt ist (§ 1443 BGB.) und daß die gewillkürten Vollstreckungstitel in bezug auf die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut den Urteilen gleichgestellt sind. Die materielle Rechtswirksamkeit der urkundlichen Erklärung des Ehemanns zu prüfen, ist nicht Sache des Grundbuchrichters. Einen Schutz gegen Mißbrauch bildet das eigene Interesse des Ehemanns und die unbeschränkte Zulassung von Einwendungen gegen die vollstreckbare Urkunde (§ 797 Abs. 4 ZPO.). **b)** Auf Grund derselben Erwägungen gelangt das KG., RJA. **7** 224, ZBlFG. **7** 448, NaumburgAK. **06** 75, dazu, die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Grundstück eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung einer vom Gewalthaber im Namen des Kindes ausgestellten notariellen Schuldurkunde ohne vorgängigen Nachweis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu bejahen.

2. Abs. 3. **a)** **RG. 61** 423, BayObLG. **6** 503 (hier in Gegenüberstellung zu dem abweichenden Beschluß des BayObLG.), ZBlFG. **6** 559, ElsLothJZ. **06** 167 = RJA. **6** 225 (s. JDR. **4** § 866 Ziff. 2a). Beschluß v. 1. 11. 05 — Verneinung der Frage, ob nach Eintragung einer Zwangssicherungshypothek für die Hauptforderung eine solche für die später festgesetzte Prozeßkostenforderung noch eingetragen werden könne, wenn diese den Betrag von 300 M. nicht übersteigt. — BayObLG., R. **06** 808, hat sich jetzt (22. 5. 06) der Ansicht des Reichsgerichts auch für diejenigen Landesteile angeschlossen, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt gilt. **b)** OLG. **13** 213, RJA. **7** 134, ZBlFG. **7** 155 (Hamburg) tritt dem RG. — JDR. **4** § 866 Ziff. 2a — dahin bei, daß bei gleichzeitiger Vorlegung eines 300 M. übersteigenden Titels über die Hauptforderung und eines hinter diesem Betrage zurückbleibenden Kostenfestsetzungsbeschlusses eine einheitliche Sicherungshypothek für beide vollstreckbaren Forderungen, eingetragen werden kann. **c)** SächsOLG. **27** 258 (Dresden). Eine Zusammenrechnung der in einem vollstreckbaren Titel zusammengefaßten Forderungen, die für sich allein jede 300 M. nicht übersteigen, findet nicht statt, wenn die Forderungen mehreren Gläubigern zustehen, unter denen ein Gemeinschaftsverhältnis nicht besteht. Vgl. JDR. **1** § 866 II, III, **3** II, **4** Ziff. 1, 2.

§ 867. 1. Abs. 1. LG. Colmar, ElsLothJZ. **06** 183, LG. Mainz, Hess. Rspr. **7** 118. Die Kosten der Eintragung einer Zwangshypothek sind nicht eintragungsbedürftig, daher nicht eintragungsfähig. Ebenso: Brachvogel-Frydrychowicz Bem. 3 zu § 867, Gaupp-Stein zu § 867, Oberneck I 994, Willenbücher 303. Vgl. JDR. **1** § 867 I Ziff. 3, **4** Abs. 1 Ziff. 2.

2. Abs. 2. OLG. Colmar, PucheltsZ. **06** 159 = ElsLothNotZ. **25** 22 (s. JDR. **4** § 867 Abs. 2 Ziff. 1), betr. Eintragung einer Zwangshypothek bei gesamtschuldnerischer Verurteilung gütergemeinschaftlicher Eheleute. S. JDR. **4** § 867 Abs. 2 Ziff. 1.

§ 868. ElsLothJZ. **06** 14 (Colmar). Die Zwangshypothek geht nicht schon mit dem Erlöschen der Forderung des Gläubigers auf den Grundstückseigentümer über, sondern erst, wenn durch richterliche Entscheidung der der ZwV. zugrunde liegende Titel beseitigt oder dessen Vollstreckbarkeit aufgehoben wird. Der Grund für diese Sondervorschrift ist, daß die Grundlage der Zwangshypothek nicht der materiell-rechtliche Anspruch, sondern der vollstreckbare Titel ist, auf Grund dessen der Gläubiger selbst nach seiner Befriedigung noch die ZwV. zu betreiben in der Lage ist.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 878. 1. OLG. **13** 216 (Jena). Ob die Widerspruchsklage der Gegenpartei selbst oder deren Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist, wird dahingestellt gelassen. Für jedenfalls unwirksam ist die Zustellung an einen bloßen Unterbevollmächtigten erklärt.

2. Der V. ZivSen. RG. ist — JW. **06** 29, R. **06** 311 — dem VII. ZivSen. — vgl. JDR. **1** § 878 II 3 — darin beigetreten, daß der Widerspruch auch auf persönliche Ansprüche zwischen dem Liquidanten und dem Widersprechenden gestützt werden darf.

3. OLG. **13** 215 (Dresden). Mit der Klage aus § 878, deren Zweck der Austrag von Streitigkeiten der Gläubiger untereinander ist, kann der widersprechende Gläubiger — von Kollusionsfällen abgesehen — nicht geltend machen, daß das seinem Gegner zur Seite stehende Urteil falsch sei.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1166. Ebenso wie die nach § 878 erhobene Widerspruchsklage darauf gestützt werden kann, daß die im Teilungsplan vorgesehene Forderung nicht bestehe, kann der vorgehende Gläubiger gegenüber der gegen ihn erhobenen Widerspruchsklage einwenden, daß die Forderung des Widersprechenden nicht bestehe.

5. BayRpflZ. **06** 440 (Dresden). Hat das Verteilungsgericht entgegen der Vorschrift des § 876 einen Widerspruch überhaupt unberücksichtigt gelassen, so wird dadurch zwar die Widerspruchsklage nicht ausgeschlossen, deren Erhebung ist aber an die Monatsfrist des § 878 nicht gebunden.

§ 879. PosMschr. **06** 88 (Marienwerder). Das nach § 879 für die Widerspruchsklage zuständige Gericht bleibt auch zuständig, wenn mangels rechtzeitigen Nachweises der Klagerhebung der Verteilungsplan ausgeführt und nun an Stelle des ursprünglichen Klagantrags der veränderten Sachlage entsprechend Verurteilung zur Herauszahlung des empfangenen Betrages beantragt wird.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 883. I. Abs. 1. 1. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **06** 83, SeuffA. **61** 377. Die Vollstreckung eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache an einen Dritten erfolgt nach § 883, nicht nach §§ 887, 888 ZPO. — (Ebenso u. a. Seuffert, Struckmann-Koch, Reincke; abw. Gaupp-Stein.)

2. (§§ 888, 889, 928, 936.) SächsOLG. **27** 374 (Dresden). Eine einstweilige Verfügung, die auf Vorlegung eines Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt zum Zwecke der Vornahme von Einzeichnungen gerichtet ist, ist nach § 883, nicht nach § 888 zu vollziehen. Bestätigt vom **RG.** SächsOLG. **27** 376, Gruchots Beitr. **50** 1110, welches weiter ausführt, § 888 könne auch dann keine Anwendung finden, wenn nach fruchtlosem Versuch der Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher der Schuldner die Ableistung des Offenbarungseides verweigere. § 889, der ein solches Verfahren vorsehe, beziehe sich nach seinem klaren Wortlaut nur auf Fälle, in denen der Schuldner auf Grund von Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Leistung des Offenbarungseides verurteilt sei.

3. *Riezler, ACivPr. **98** 403, führt aus: Kollidierende Vollstreckungsaufträge mehrerer Parteien auf Vornahme einer ZwV. aus § 883 hat der Gerichtsvollzieher in der Reihenfolge zu erledigen, in der sie an ihn gelangen; im Falle gleichzeitigen Zugehens der Aufträge hat er die Wahl, für welche Partei er zuerst vollstrecken will.

II. Abs. 3. OLG. **13** 216 (Hamburg). Die allgemeine Fassung des Abs. 3, nach welchem das Gericht eine der Lage der Sache entsprechende Ände-

rung der Eidesnorm bezüglich der herauszugebenden Sache beschließen kann, ermöglicht es, wenn dem Schuldner billigerweise mehr nicht zugemutet werden kann, den Eid dahin zu fassen, daß er trotz sorgfältiger Nachforschungen nicht wisse, wo sich die Sache befinde. Ein Eid dahin, daß der Schuldner die Sache nicht absichtlich abhanden gebracht habe, ist überflüssig, da es im Vollstreckungsverfahren — im Gegensatz zum Editionsverfahren betr. Urkunden (§ 426) — nur darauf ankommt, zu ermitteln, wo sich das Objekt der ZwV. befindet.

§§ 887 ff. Literatur: Schultzenstein, ZwV. zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen und Prozeßunfähigkeit, BuschsZ. 35 475 ff.

*Schultzenstein aaO. Diese Vorschriften gelangen auch bei den Handlungen und Unterlassungen sowie der Duldung der Vornahme einer Handlung zur Anwendung, zu welchen eine prozeßunfähige Partei verurteilt worden ist. Abgesehen von den Fällen, in denen ein gesetzlicher Vertreter zwar infolge dieser seiner Eigenschaft und wegen des Vertreterverhältnisses, aber doch selbst für sich der Schuldner ist, kann sowohl bei der Vornahme einer vertretbaren Handlung durch einen Dritten (anderen) als auch bei den Geldstrafen und der Haft wegen nicht vertretbarer Handlungen einschließlich der Leistung eines materiell-rechtlichen Offenbarungseids und wegen Unterlassungen sowie der Duldung der Vornahme einer Handlung der Zwang nur gegen die Partei selbst, nicht gegen den gesetzlichen Vertreter für sich angewendet werden. Für die Kosten der Ersatzvornahme und für die Geldstrafe haftet daher lediglich das Vermögen der Partei, nicht das des gesetzlichen Vertreters, und die Haft, soweit sie nicht unausführbar ist (juristische Personen, parteifähige Personengemeinschaften und Vermögensmassen, manche prozeßunfähige natürliche Personen), ist nur an jener, nicht an diesem zu vollstrecken.

§ 887. 1. Anwendungsfälle. **a)** R. **06** 1084 (Rostock). Die ZwV. auf Abnahme einer Kaufsache (§ 433 Abs. 2 BGB.) erfolgt nach § 887. **b)** RG. ZBlFG. **6** 627. Die ZwV. aus einem Urteil auf Befreiung von einer eingetragenen Darlehnsschuld ist nach § 887 zu betreiben. Der Kläger kann vorschußweise Zahlung der zur Befriedigung des Darlehnsgläubigers erforderlichen Summe an sich verlangen. Die Behauptung, daß dem Urteil durch eine Erklärung des Darlehnsschuldners Genüge geschehen sei, kann nur im Wege der Klage aus § 767 geltend gemacht werden. Ob der Darlehnsgläubiger noch zur Annahme der Darlehnssumme verpflichtet ist, ist für die Vollstreckung des auf Befreiung von der Darlehnsschuld lautenden Urteils unerheblich. Der in der Zahlung an den vielleicht vermögenslosen Kläger liegenden Gefahr kann der Beklagte durch unmittelbare Zahlung an den Darlehnsgläubiger oder, wenn dieser die Annahme ablehnen sollte, durch Hinterlegung (§ 372 BGB.) entgehen. **c)** OLG. Karlsruhe, R. **06** 188 = OLG. **11** 187 (s. JDR. **4** § 887 Ziff. 2) betr. ZwV. aus Urteilen auf Beseitigung von Hypotheken. **d)** Sächs. OLG. **27** 378 (Dresden). Ein Urteil, das einen Grundstückseigentümer verurteilt, eine dem Gläubiger im Range vorgehende Hypothek zur Löschung zu bringen, ist nach § 887 zu vollstrecken. **e)** SeuffA. **61** 300, SchlHolstAnz. **06** 25 (KG.) (s. JDR. **4** § 887 Ziff. 4), betr. ZwV. aus einer alternativen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung oder zur Zahlung einer Geldsumme. **f)** ZwV. aus Urteilen auf Zahlung an einen Dritten und auf Sicherheitsleistung s. o. zu § 803 und die dortigen Verweisungen.

2. Siber, IheringsJ. **50** 100. Das Gericht hat die Ermächtigung abzulehnen, wenn die Verpflichtung vom Schuldner inzwischen noch nicht erfüllt werden konnte (vgl. RG. **21** 377, **23** 365, Gaupp-Stein § 887 II 3). Wird die Ermächtigung trotzdem erteilt, kann der Schuldner gemäß § 766 Einwendungen erheben.

3. SächsOLG. **27** 84 (Dresden). Beantragt der Gläubiger ZwV.maßregeln gemäß §§ 887/888, so kann der Schuldner den Einwand, er habe die ihm auferlegte Verpflichtung erfüllt, nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 geltend machen. Würde der Einwand im Beschlußverfahren zugelassen, so würde dies das Recht des Gläubigers auf Vollstreckung des Urteils insofern beeinträchtigen, als dann auf die Erfüllungseinrede des Schuldners ohne weiteres und mittels Beschlusses endgültig das Urteil außer Kraft gesetzt würde, während dies auf Grund der Vollstreckungsgegenklage nur durch Urteil geschehen darf, bis zu dessen Erlassung aber nur von einer einstweiligen Einstellung der ZwV. die Rede sein kann, deren Anordnung vom Schuldner zu beantragen ist und die vorherige Glaubhaftmachung der behaupteten Erfüllung zur Voraussetzung hat.

4. SächsOLG. **27** 461 (Dresden). Nimmt der Gläubiger einen Antrag auf ZwV. gemäß § 887 zurück, so ist in analoger Anwendung des § 271 Abs. 3 auf den Antrag des Schuldners durch Beschluß auszusprechen, daß der Gläubiger die Kosten des durch seinen Antrag herbeigeführten Verfahrens zu tragen hat.

5. Kein prozessualer Zwang gegen den Vormund nach § 887 s. Schultzenstein o. § 1793 Ziff. 1 BGB.

§ 888. 1. **RG.** SeuffA. **61** 122 = **RG. 60** 120, IDR. **4** § 888 Ziff. 1. In Immissionsprozessen kann das Urteil allgemein auf Verurteilung zur Fernhaltung von Störungen lauten, im Zwangsvollstreckungsverfahren muß dagegen der Gläubiger diejenige Maßregel genau bezeichnen, deren zwangsweise Durchführung er verlangt. Vgl. o. § 906 BGB. Ziff. II 1 b.

2. OLG. Marienwerder, R. **06** 756, PosMschr. **06** 58. § 888 findet keine Anwendung, wenn der Schuldner sich nachträglich selbst die Vornahme der von seinem Willen abhängig gewesenen Handlung unmöglich gemacht hat.

3. NaumburgAK. **06** 6 (Naumburg). Das Urteil eines Kaufmannsgerichts, das den Beklagten „bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 75 M. zur Vornahme einer Handlung" verurteilt, ist als ein Urteil gemäß dem (nach § 16 KfmGG. anwendbaren) § 51 GewGG. aufzufassen. Der Anspruch des Klägers ist daher erschöpft, falls der Beklagte 75 M. an ihn leistet. Eine gerichtliche Straffestsetzung zur Erzwingung der Handlung gemäß § 888 ZPO. ist ausgeschlossen (§ 51 Abs. 2 GewGG.).

4. MecklZ. **23** 27 (Rostock). Ist der Beklagte verurteilt, die Eintragung einer Grunddienstbarkeit zu bewilligen, so findet Zwangsvollstreckung aus § 888 statt. Ebenso Petersen-Anger Note 14 zu § 888 unter 3. Abw. **RG. 55** 57.

§ 889. Kein Zwang gegen Person und Vermögen des Vormundes, vgl. o. § 1793 Ziff. 1 BGB.

§ 890. 1. *Schultzenstein handelt aaO. 515—522 darüber, ob die hier zugelassenen Maßnahmen Zwangsmittel zum Zwecke der Willensbeugung oder wirkliche Strafen, also der Verbrechensstrafe gleichstehende Maßregeln sind, und kommt zu dem Ergebnisse, daß die Sicherheitsbestellung (Abs. 3) jedenfalls die erstere Eigenschaft hat, und daß die Charakterisierung der Geldstrafe und der Haft (Abs. 1) als wirklicher Strafen sich zweifellos nicht zu ihren vollen Konsequenzen durchführen läßt; die Geldstrafe und die Haft finden namentlich auch gegen juristische Personen und parteifähige Personengemeinschaften und Vermögensmassen sowie gegen solche prozeßunfähige natürliche Personen statt, welche ebenfalls nicht in einem strafrechtlichen Verschulden sein können und nicht straffähig sind.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 202. Eine Verurteilung zu einer Unterlassung ist überall möglich, wo ein Privatrecht verletzt worden ist, bei einem Forderungsrecht außerdem, wenn ungeachtet einer Abmahnung eine weitere

Verletzung erfolgt ist und infolgedessen ein künftiges das Recht verletzendes Tun des Verletzers befürchtet werden muß. Die bei der Verurteilung anzudrohende Strafe ist eine Ordnungsstrafe. Die Strafe kann nur dem Beklagten selbst angedroht werden, nicht — wie Gaupp-Stein, Kohler, Seligsohn, Seuffert annehmen — den Organen einer Körperschaft, dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken (205/206). Sie kann nur einem Menschen angedroht werden, nicht — wie Seuffert, Pinner und das Reichsgericht annehmen — auch einer Körperschaft (206/208). Sie kann nur für den Fall schuldhaften Zuwiderhandelns angedroht werden, nicht auch — wie das Reichsgericht angenommen hat — für den Fall schuldlosen oder in Unzurechnungsfähigkeit erfolgenden Zuwidernhandelns (208/210). Das Gericht braucht nicht — wie Seuffert annimmt — eine festbestimmte Strafe für jede Zuwiderhandlung anzudrohen, sondern hat die größte Freiheit, es kann sich sogar begnügen, „die gesetzlich zugelassenen Strafen" anzudrohen (210/211).

3. R. **06** 1323 (Colmar). Die Strafandrohung braucht sich nicht auf eine festbestimmte Strafe zu richten, es genügt vielmehr die Androhung einer Höchststrafe. Denn das Vollstreckungsgericht ist allemal an die angedrohte Strafe nur in der Weise gebunden, daß es keine nach Art und Maß höhere Strafe verhängen darf. Eine mildere Bestrafung ist stets zulässig.

4. OLG. **13** 217, SeuffA. **61** 341, HansGZ. **06** Beibl. 57, DJZ. **06** 376, R. **06** 508 (Hamburg). Der Ungehorsam gegen die im Urteil auferlegte Unterlassungs- oder Duldungspflicht bildet die Voraussetzung nur für die Straffestsetzung, nicht schon für die Strafandrohung, die ja auch bereits im Urteil selbst erfolgen kann.

5. OLG. **13** 217 (Karlsruhe). Ein gerichtlicher Vergleich, laut welchem „der Beklagte dem Kläger das Recht einräumt, über das Grundstück des Beklagten zu gehen," ist vom Beklagten schon dadurch erfüllt, daß er das näher bezeichnete Recht „einräumt". Sollte nach der Absicht der Vergleichsparteien eine Dienstbarkeit begründet werden, so wäre der Beklagte ferner noch verpflichtet, zur Eintragung derselben in das Grundbuch mitzuwirken. Die Verpflichtung, Störungen des Wegerechts zu unterlassen, ergibt sich erst aus dem eingeräumten Rechte und kann deshalb zunächst nur durch Klage geltend gemacht werden. Aus dem Vergleich selbst folgt unmittelbar keine Verpflichtung, etwas zu unterlassen oder zu dulden, so daß für die Anwendung des § 890 noch kein Raum ist.

§ 891. *Schultzenstein aaO. 527. Das Wort Schuldner begreift den gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei mit.

§ 892. *Schultzenstein aaO. 527. § 892 findet auch Anwendung, wenn der Widerstand von dem Organ einer juristischen Person oder einer parteifähigen Personengemeinschaft oder Vermögensmasse und von dem gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen natürlichen Person sowie ferner noch, wenn er von dem freiwilligen Vertreter des Schuldners geleistet wird.

§ 894. 1. **a)** *Güthe, GBO. 389. Der § 894 ist auf Vergleiche nicht zu beziehen, weil die in diesem Paragraphen unterstellte Fingierung einer Erklärung der Natur des Vergleichs als einer freiwilligen Erklärung widerspricht. **b)** Dagegen verteidigt Reinhardt, ZBlFG. **7** 382, die Ansicht des OLG. Dresden — vgl. JDR. **3** § 894 II 6 —, daß § 894 auch auf Vergleiche (§ 794 Ziff. 1 und 2) Anwendung finde, gegenüber der abweichenden Ansicht des **RG.** — JDR. aaO. zu a —. S. auch JDR. **4** § 894 Ziff. 4.

2. KG., KGJ. **31** A 293, R. **06** 384. Ist eine Landgemeinde (oder ein Vormund) rechtskräftig zur Abgabe einer Auflassungserklärung verurteilt, so hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob die noch zu der Veräußerung erforderliche Genehmigung des Kreisausschusses (des Vormundschaftsgerichts) erteilt ist.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

Zu §§ 899 ff. Literatur: du Chesne, Zum Offenbarungseidsverfahren, SeuffBl. **06** 668. — Kraus, Einige Streitfragen aus dem Offenbarungseidsverfahren nach §§ 899 ff. ZPO., SeuffBl. **06** 371 ff.

*Kraus aaO. Es ist bereits bei der Terminsbestimmung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides vorhanden sind. Diese Anschauung wird insbesondere damit begründet, daß das Offenbarungseidsverfahren zur Zwangsvollstreckung gehört und die Terminsansetzung bereits ein Teil des Offenbarungseidsverfahrens ist.

Die Frage, ob die Offenbarungseidssachen in öffentlicher Sitzung zu behandeln sind, wird dahin beantwortet, daß dies im Ermessen des Vollstreckungsrichters liege. Sowohl diejenigen Schriftsteller, welche die gestellte Frage bejahen, als diejenigen, welche sie unbedingt verneinen, stützen ihre Ansicht auf § 170 GVG. Es wird entgegen der Anschauung von Falkmann, Zwangsvollstreckung (2) 314, ausgeführt, daß diese Bestimmung sich nur auf die Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht beziehe, nicht aber auch auf die Fälle, in welchen die mündliche Verhandlung, wie im Offenbarungseidsverfahren, nur fakultativ ist. Zum Schlusse wird der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung dieser Frage das Wort geredet.

§ 900. 1. **a**) OLG. Rostock, SeuffA. **61** 76, MecklZ. **24** 211. Der Gläubiger muß spätestens im Termin zur Leistung des Offenbarungseids Schuldtitel und Nachweis der fruchtlosen Zwangsvollstrecknng vorlegen. Unterläßt er dies, so kann er gegen den im Termin nicht erschienenen Schuldner nicht nachträglich unter Einreichung der Urkunden Haftbefehl beantragen. **b**) Boedicker, DJZ. **06** 814, wendet sich gegen die Rechtsauffassung des AG. und LG. Münster, daß der Richter schon bei Ansetzung des Termins das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels zu prüfen habe. Er führt aus, daß erst der Erlaß des Haftbefehls oder das Urteil ➵ soll heißen „der Beschluß". Red. ⇜ über die Zulässigkeit des Verfahrens ein Akt der Zwangsvollstreckung sei. Vgl. JDR. **1** § 900 Ziff. 2.

2. *Kraus aaO. Auch schriftliche Einwendungen des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides müssen vom Vollstreckungsgericht berücksichtigt werden, weil allgemein im Zwangsvollstreckungsverfahren schriftliche Einwendungen zulässig sind, die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist und die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides von Amts wegen zu prüfen sind.

3. **a**) OLG. **13** 219, DJZ. **06** 1035 (Hamburg). Der Widerspruch kann darauf gestützt werden, daß der Gläubiger Vertagung der Ableistung des Offenbarungseides um eine bestimmte Frist bewilligt habe. Der Schuldner beruft sich dabei auf Abmachungen über die Fortsetzung der Vollstreckung, macht nicht eine Befristung des Urteilsanspruchs geltend, wofür der Weg des § 767 gegeben wäre. **b**) OLG. **13** 219 (Hamburg). Der Widerspruch des Schuldners kann sich nicht darauf stützen, daß die Ableistung des Offenbarungseides seine Gesundheit erheblich gefährden würde. Ob eine solche Gesundheitsgefährdung zu befürchten ist, ist erst für die Frage, ob der wegen Nichtleistung erlassene Haftbefehl vollstreckt werden kann, von Bedeutung (§ 906).

4. OLG. **13** 218, SchlHolstAnz. **06** 363 (KG.). Über den Widerspruch des Schuldners gegen den Offenbarungseid ist auch ohne Antrag des Gläubigers zu entscheiden. Dieser hat seinen Willen, daß dem Schuldner der Offenbarungseid abgenommen werde, schon durch die Ladung des Schuldners zum Offenbarungseidstermin genügend zum Ausdruck gebracht. Eines besonderen Antrags des Gläubigers bedarf es nur zur Anordnung der Haft behufs Erzwingung der Eidesleistung (§ 901).

5. (§§ 901, 903.) OLG. **13** 221 (KG.). Nach § 781 ZPO. aF. war über den Widerspruch des Schuldners durch Urteil zu entscheiden. Mit der rechtskräftigen Feststellung der Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung war die spätere Anführung von Tatsachen, die vor Erlaß des Urteils hätten angeführt werden müssen, ausgeschlossen. Dadurch, daß bei der Neufassung der ZPO. an die Stelle der Entscheidung durch Urteil die durch Beschluß getreten ist, ist bezüglich der Unzulässigkeit, solche Einreden gegen die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides geltend zu machen, die schon vor der Entscheidung geltend gemacht werden konnten, nichts geändert. Dem Falle, daß ein erhobener Widerspruch für unbegründet erklärt ist, steht aber der Fall gleich, daß der Schuldner im Termine nicht erscheint oder Widerspruch gegen die Pflicht zur Eidesleistung überhaupt nicht erhebt. — Auch der Fall des § 903 macht keine Ausnahme. Bei ihm handelt es sich nicht, wie vielfach angenommen wird — vgl. JDR. **3** § 903 II Ziff. 1, 2, **4** Ziff. 2 — um eine Vorschrift öffentlichen Rechtes, die von Amts wegen zu berücksichtigen wäre; denn das Gericht kann dem sich zur Eidesleistung erbietenden Schuldner die Abnahme des Eides überhaupt nicht verweigern, ferner nicht feststellen, ob der Schuldner nicht bei einem anderen Amtsgericht innerhalb der letzten 5 Jahre den Offenbarungseid geleistet hat. Die Wiederholung des Eides zu verhindern, ist lediglich Sache des Schuldners, der die frühere Eidesleistung einredeweise geltend machen muß, wenn sie berücksichtigt werden soll. — Noch nach Erlaß des Haftbefehls zulässig ist dagegen die Geltendmachung von Einwendungen dahin, daß die vom Richter zu prüfenden Voraussetzungen für den Erlaß (z. B. die ordnungsmäßige Ladung des Schuldners zum Eidesleistungstermin) nicht vorliegen. Ebenso Gaupp-Stein.

6. Offenbarungseid im Verwaltungszwangsverfahren. OLG. **13** 220 (Naumburg). Mag auch im Offenbarungseidsverfahren wegen Beitreibung öffentlich-rechtlicher Abgaben im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung — in analoger Anwendung des § 51 Abs. 3 V. v. 7. 9. 79/15. 11. 99 — dem Gericht die Beurteilung der Vollstreckbarkeit der Forderung und der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung entzogen sein, so ist doch über einen Widerspruch des Schuldners gegen die Pflicht zur Ableistung des Offenbarungseides in derselben Weise wie sonst durch Beschluß zu entscheiden; für diesen Beschluß mag die bezeichnete Beschränkung der richterlichen Beurteilung von Bedeutung sein.

§ 901. 1. Gegen abweichende Beschlüsse der LG. Wiesbaden, Neuwied und Mainz verteidigt Körner, BuschsZ. **35** 571, die herrschende Ansicht — vgl. Reincke (4) Anm. 3a zu §§ 900—903, Petersen-Anger (4) Anm. 2 zu § 901, Voß, Vollstreckungstätigkeit des Amtsgerichts 136, LG. Frankfurt, FrankfRundsch. **34** 39, Gießen, HessRspr. 2 132, OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **01** 4 — daß der schriftliche Antrag auf Erlaß des Haftbefehls auch noch nach dem Termin zur Eidesleistung gestellt werden kann. Vgl. auch JDR. **4** zu § 901 Ziff. 1a.

2. *Kraus bejaht aaO. die Frage, ob der Schuldner seine Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides auch noch bestreiten könne, wenn bereits Haftbefehl gegen ihn erlassen ist, entgegen der im Komm. z. ZPO. von Gaupp-Stein Note II zu § 901 vertretenen Ansicht, wonach der Schuldner durch sein Ausbleiben im Termin der Einwendungen endgültig verlustig gehe. Vgl. auch o. zu § 900 Ziff. 5.

3. (§§ 902—906.) Gegen die Ansicht, daß nach diesen Vorschriften, die nur für den prozeßrechtlichen Offenbarungseid, nicht auch für den materiellrechtlichen (§ 889) gelten, die Haft zur Erzwingung der Eidesleistung, wenn der Schuldner nicht prozeßfähig ist, gegen den oder die gesetzlichen Vertreter, dem oder denen die Verwaltung des Vermögens des Schuldners zusteht, stattfindet, werden von *Schultzenstein aaO. 513, 514 Bedenken geltend gemacht.

§ 902. *Kraus aaO. Wenn sich der Schuldner nach Erlassung eines Haftbefehls gegen ihn beim Vollstreckungsgericht zur Eidesleistung bereit erklärt, kann ihm der Eid nicht ohne weiteres abgenommen werden, es ist vielmehr auf Antrag des Schuldners ein Termin zur Eidesleistung anzuberaumen, zu welchem der Gläubiger geladen werden muß. Eine einstweilige Einstellung des Vollzugs des Haftbefehls bis zu dem neuerlich anberaumten Termin ist nicht zulässig.

§ 903. 1. OLG. **13** 227, SächsOLG. **27** 169 (Dresden). Späterer Vermögenserwerb liegt nicht schon darin, daß der Schuldner einzelne Warenposten käuflich erworben hat, denn dafür ist er mit deren Kaufpreis belastet worden. Es bedarf vielmehr der Darlegung und Glaubhaftmachung, daß der Schuldner die Waren mit Gewinn weiter veräußert und daß der Gewinn die Kosten für den Unterhalt des Schuldners und seiner Familie überstiegen hat.

2. OLG. **13** 226 (Celle). Der Schuldner ist zur nochmaligen Eidesleistung verpflichtet, wenn das früher beschworene Verzeichnis unvollständig war. Ebenso KG., JDR. **1** § 903 Ziff. 4. Für die Vollständigkeit kommt lediglich das Protokoll über den Offenbarungseidtermin in Verbindung mit dem ihm anliegenden schriftlichen Vermögensverzeichnis in Betracht. Mündliche, daneben abgegebene Erklärungen schützen den Schuldner vielleicht vor der Bestrafung wegen Verletzung der Eidespflicht, befreien ihn aber nicht von der nochmaligen Eidesleistung.

3. **a)** *Kraus aaO. Die Bestimmung des § 903 ist von Amts wegen zu beobachten, da sie nicht bloß zum Schutze des Schuldners, sondern im öffentlichen Interesse erfolgt ist. Der Vollstreckungsrichter darf daher den Termin zur Ableistung des Offenbarungseides nicht ansetzen, wenn ihm bekannt ist, daß der Schuldner in den letzten 5 Jahren den Offenbarungseid geleistet hat und der Erwerb neuen Vermögens nicht glaubhaft gemacht ist. Vgl. JDR. **3** § 903 II 1, **4** 2a. **b)** Im Gegensatz zum KG. — s. o. § 900 Ziff. 5 — hat das OLG. Celle, OLG. **13** 223, sich der Auffassung der OLG. Bamberg, Braunschweig, Cöln und Posen — JDR. **1** § 903 Ziff. 1, 2, **3** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2 — dahin angeschlossen, daß der Schuldner durch sein Ausbleiben im Eidesleistungstermin nicht das Recht verliert, nach Erlaß des Haftbefehls durch sofortige Beschwerde geltend zu machen, daß er den Eid bereits innerhalb der letzten 5 Jahre geleistet habe. Ebenso müsse der Schuldner auch noch nach Erlaß des Haftbefehls geltend machen können, daß es überhaupt an einem für die Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitel fehle. **c)** Auch OLG. Dresden, SeuffA. **61** 378, SächsOLG. **27** 472, nimmt in Übereinstimmung mit den OLG. Bamberg, Braunschweig und Cöln (OLG. **1** 210, **5** 136, **6** 142 — JDR. aaO. (jetzt auch noch OLG. Karlsruhe, BadRpr. **06** 52, R. **06** 808) sowie mit Seuffert (8) § 903 Ziff. 1 und Struckmann-Koch (8) § 903 Nr. 3 an, daß § 903 von Amts wegen und deshalb auch noch nach Erlaß des Haftbefehls gegen den im Eidesleistungstermin ausgebliebenen Schuldner anzuwenden sei. Der nachträgliche, auf § 903 gestützte Widerspruch kann aber nicht ohne weiteres zur Aufhebung des Haftbefehls führen. Über den Widerspruch ist nach § 900 Abs. 3 durch Beschluß zu entscheiden, nachdem dem Gläubiger Gelegenheit gegeben worden ist, zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls gemäß § 903 darzutun, daß der Schuldner inzwischen neues Vermögen erworben habe. Diese Entscheidung muß der Schuldner herbeiführen, indem er den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über den Widerspruch ladet. Bis zur Erledigung des Widerspruchsverfahrens ist die Vollstreckung des Haftbefehls auszusetzen. Für die Ladung ist dem Schuldner eine angemessene Frist zu stellen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Aussetzung der Vollstreckung außer Kraft tritt. — Dagegen: *du Chesne, SeuffBl. **06** 668, der nicht das Widerspruchsverfahren, sondern allein das Beschwerdeverfahren

für die Erörterung der Frage der früheren Eidesleistung sowie des neuen Vermögenserwerbes für geeignet hält. **d**) LG. München I, SeuffBl. **06** 164. Der § 903 ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Macht der Schuldner das Vorliegen der Voraussetzungen des § 903 erst nach Erlaß des Haftbefehls im Wege des § 766 geltend, so handelt das Vollstreckungsgericht durchaus sachgemäß, wenn es im Wege der einstweiligen Anordnung die Zwangsvollstreckung bis zur Entscheidung über die vorgebrachte Einwendung einstweilen einstellt.

4. LG. Halle, NaumburgAK. **06** 49. Da § 299 Abs. 1 ZPO. nur den Parteien ein Recht auf Abschriftserteilung aus den Prozeßakten verleiht, ist ein dritter Gläubiger, auch wenn ihm gegenüber der Schuldner nach § 903 zur nochmaligen Leistung des Offenbarungseides nicht verpflichtet ist, nicht berechtigt, eine Abschrift des in dem früheren Verfahren vorgelegten Vermögensverzeichnisses zu verlangen. Vgl. dagegen LG. Hof, JDR. **4** § 903 Ziff. 4.

§ 911. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **06** 129. Die Frage, ob das Armenrecht die arme Partei auch von der Vorausbezahlung der Haftkosten befreie, wird bejaht von Falkmann, ZVG. 337, Förster-Engelmann, ZPO. 160, Fitting, Lehrbuch 783, Gaupp-Stein (1) 440, Struckmann-Koch 737, OLG. Jena, Frankfurt a. M., Dresden, R. **04** 234, OLG. **9** 71, — verneint von Wilmowski-Levy (5) II 1016, Dorendorff, Arrest und einstweilige Verfügung 136, Franke, Offenbarungseid 5, OLG. Naumburg, Cassel, R. **04** 237, SeuffA. **40** 246. Das LG. Kiel tritt der verneinenden Meinung bei. Die Gegenansicht trage die Gefahr in sich, daß die arme Partei ihr Recht gegen den Schuldner, den § 911 vor mutwilliger Verhaftung schützen wolle, rücksichtslos verfolge. — LG. Naumburg, NaumburgAK. **06** 47 bejaht. Es weist insbesondere darauf hin, daß es dem Vollstreckungsrichter jeden Augenblick freistehe, einer mutwilligen und aussichtslosen Verhaftung des Schuldners durch Entziehung des Armenrechts den Boden zu entziehen. Vgl. JDR. **1** § 911 Ziff. 1, **3**, **4** und zu § 115.

§ 915. Literatur: Friedrichs, Schuldnerverzeichnisse des § 915 ZPO.; insbesondere in Groß-Berlin, v. 1. 6. 06 ab, DJZ. **06** 538.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. 1. **a**) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 433, PuceltsZ. **06** 592 = R. **05** 650 f. JDR. **4** § 916. Auch zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs ist ein Arrest zulässig. S. auch u. zu § 938. **b**) OLG. **12** 373 (Hamburg). Auch zur Sicherung der Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben ist ein Arrest zulässig. **c**) OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 535. Zur Sicherung des Schadensersatzanspruchs wegen Vollstreckung eines Vorbehaltsurteils im Wechselprozesse (§ 600 Abs. 2, § 302 Abs. 4) kann sowohl ein Arrest wie eine einstweilige Verfügung erlassen werden.

2. Abs. 2. **RG.** JW. **06** 29. Ob schon mit Beginn des Rechtsstreits jeder Partei ein bedingter Kostenerstattungsanspruch zusteht, der durch Arrest gesichert werden kann, bleibt dahingestellt. Jedenfalls ist aber, wenn bereits ein bedingtes Endurteil erlassen ist, nach welchem der Ausgang des Rechtsstreits, auch im Kostenpunkte, von der Leistung oder Nichtleistung eines Eides abhängt, der Kostenerstattungsanspruch der eidespflichtigen Partei nicht nur ein möglicherweise demnächst erwachsender, sondern ein bedingter im Sinne des § 916. Vgl. JDR. **3** § 916 II.

§ 917. 1. **a**) OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 240, **RG.** SeuffA. **61** 486, HoldheimsMSchr. **06** 74, R. **06** 251. Wenn auch die schlechte Vermögenslage des Schuldners oder die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger an sich grundsätzlich noch keinen genügenden Arrestgrund gewähren, so genügt

es doch zur Erlassung des Arrestes, wenn der in ungünstigen Vermögensverhältnissen lebende Schuldner damit umgeht, sein einziges oder hauptsächliches Vermögensstück zu veräußern oder zu belasten. **b**) OLG. **13** 228 (Karlsruhe). Als genügender Arrestgrund ist erachtet, daß der Arrestbeklagte beabsichtige, durch Übertragung mehrerer Guthaben auf einen Dritten eine außergerichtliche Einigung zwischen seinen Gläubigern und dem Dritten herbeizuführen, da nicht ausgeschlossen erschien, daß der Arrestkläger bei dieser Einigung nicht zugezogen werden würde. **c**) OLG. **13** 228 (Karlsruhe). Eine wesentliche Erschwerung der Vollstreckung stellt es dar, wenn der Kläger — statt sich an bereite Mobiliarstücke halten zu können — gezwungen wird, Immobiliarvollstreckung in ein erheblich belastetes Grundstück zu betreiben, dessen Erlös nicht mit Sicherheit vorauszusehen ist.

2. **RG.** JW. **06** 691. Die Frage, ob das Verhalten des Schuldners die Besorgnis einer Vereitelung oder Erschwerung der Vollstreckung rechtfertigt, ist nicht nach den subjektiven Empfindungen des Gläubigers, sondern nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden.

§ 920. 1. **RG.** JW. **06** 690. Die Frage, ob durch die beigebrachten Beweismittel der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist, ist im Falle der Ablehnung des Arrestgesuches der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht unterworfen.

2. HansGZ. **06** Beibl. 96 (Hamburg), mißt im gegebenen Falle der unaufgefordert eingereichten schriftlichen eidesstattlichen Versicherung des Arrestklägers lediglich die Bedeutung einer einfachen Parteibehauptung bei.

§ 922. R. **06** 60 (Naumburg). In dem Beschlusse, durch den der Arrest erlassen wird, ist eine Entscheidung über die Kosten nicht zu treffen. Vgl. JDR. **1** § 922 Ziff. 1, 3 Ziff. 2.

§ 924. 1. **a**) OLG. Nürnberg, NaumburgAK. **06** 64, SeuffBl. **06** 229, R. **06** 944. Auch wenn der Arrest erst in der Beschwerdeinstanz angeordnet wird, ist für den Widerspruch das Gericht erster Instanz ausschließlich zuständig. Ebenso **RG. 29** 396, **37** 368, BayObLG., SeuffA. **55** Ziff. 249, Petersen-Anger Anm. 4 zu § 925, Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 924, Wilmowski-Levy Anm. 3 zu § 805 aF. Abw. Gaupp-Stein Anm. 14, 15 zu § 924, Seuffert (9) II 624. **b**) OLG. Jena, R. **05** 123, JustdRundsch. **06** 78. Dem Antragsgegner steht gegen die einstweilige Verfügung auch dann nur das Recht des Widerspruchs, nicht der Beschwerde zu, wenn die einstweilige Verfügung erst auf die Beschwerde des Antragstellers erlassen und durch sie gleichzeitig ein Einwand des auf die Beschwerde gehörten Antragsgegners zurückgewiesen worden ist.

2. SächsRpflA. **06** 535 (Dresden). Im Widerspruchsverfahren können — und zwar auch noch in der Berufungsinstanz — neue Tatsachen und zwar auch solche, die erst nach Anordnung des Arrestes entstanden sind, und neue Mittel der Glaubhaftmachung zur Aufrechterhaltung des Arrestgesuches geltend gemacht werden (vgl. **RG. 5** 364, **24** 372, **57** 223). — Ebenso OLG. Colmar, ElsLothJZ. **06** 282.

3. OLG. **13** 230 (Dresden). Wie das RG. bereits anerkannt hat (JW. **99** 338), ist es im Widerspruchsverfahren nicht erforderlich, tatsächliche Behauptungen und Beweisanträge in vorbereitenden Schriftsätzen mitzuteilen. Dies würde dem Sicherungszwecke des Arrestverfahrens und der dadurch bedingten Beschleunigung des Rechtsganges widersprechen. Wegen Gleichheit des Grundes gilt dasselbe für die Berufungsinstanz.

4. (§ 927.) OLG. **13** 189 (Celle). Eine einstweilige Einstellung des Arrestvollzuges — analog § 769 — ist nicht zulässig. Es ist anzunehmen, daß diese Maßnahme absichtlich versagt ist, um zu verhindern, daß an Stelle des in

den §§ 924, 927 vorgesehenen Verfahrens, das zur Prüfung des Arrestes in kontradiktorischer mündlicher Verhandlung führt, ein Verfahren trete, das lediglich auf die Beseitigung der ersterlassenen durch eine zweite vorläufige Maßregel hinauslaufen würde, welche wieder durch eine dritte beseitigt werden könnte usf.

§ 926. 1. Abs. 1. OLG. **13** 230, SächsOLG. **27** 171 (Dresden). Gegen die Entscheidung, durch welche der Antrag auf Verlängerung der gemäß § 926 Abs. 1 bestimmten Frist zurückgewiesen ist, findet trotz § 225 Abs. 3 Beschwerde statt, weil es sich dabei um Bestimmung einer dem Gesetz entsprechenden, nicht um Verlängerung einer gemäß dem Gesetz bestimmten Frist handelt (vgl. GruchotsBeitr. **30** 1149).

2. Abs. 2. RG. **62** 62, JW. **06** 30. Über den Antrag auf Aufhebung des Arrestes wegen Nichterhebung der Hauptklage binnen der gestellten Frist (§ 926 Abs. 2) kann nicht nur in einem besonderen Verfahren, sondern auch sowohl in dem aus § 925 als in dem aus § 927 eingeleiteten Verfahren entschieden werden, und zwar auch dann, wenn sich dieses Verfahren schon in der Berufungsinstanz befindet. Die abweichende Ansicht des KG. — KGBl. **95** 78 —, welche sich darauf gründet, daß dann dem Arrestkläger eine Instanz für die Entscheidung über den Antrag aus § 926 Abs. 2 verloren gehe, ist unzutreffend; denn dem Kläger geht auch sonst überall da eine Instanz verloren, wo der Beklagte einen Rechtsbehelf, den er schon in erster Instanz geltend machen konnte, erst in der Berufungsinstanz vorbringt und mit ihm durchdringt. Die Ansicht des KG. würde in zwecklosem Formalismus den Berufungsrichter zur Aufrechterhaltung eines Arrestes nötigen, von dem er sieht, daß ihn der Arrestbeklagte ohne weiteres durch einen Antrag aus § 926 Abs. 2 zu Falle bringen kann. — Ob der Arrestbeklagte diesen Antrag bei Vermeidung des Verlustes der Antragsbefugnis in dem anhängigen Verfahren stellen muß, bleibt dahingestellt.

§ 929. I. Abs. 2. 1. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 166, JustdRundsch. **06** 76. Wird der Arrestbefehl dem Gläubiger formlos ausgehändigt, so läuft die zweiwöchige Vollziehungsfrist vom Zeitpunkt dieser Aushändigung an. Wenn im Anschluß an die Entscheidung des RG. SeuffA. **45** Ziff. 66 von Gaupp-Stein zu § 929, Freudenthal zu § 929, dem KG., R. **04** 22 — vgl. auch JDR. **3** § 929 Ziff. 2, **4** § 929 Ziff. 1 — angenommen wird, daß im Falle formloser Aushändiguug die Frist erst von der Zustellung an den Schuldner beginne, so wird übersehen, daß dann der Zweck des Gesetzes — Verhinderung einer Vollziehung unter veränderten Umständen — vom Gläubiger durch vorläufiges Nichtzustellen des Arrestbefehls vereitelt werden könnte. Das RG. sagt aaO. nur, daß zum mindesten der Zeitpunkt der Zustellung an den Schuldner den Fristenlauf eröffne.

2. BayRpflZ. **06** 344 (München). Mit Ablauf der Vollziehungsfrist des Abs. 2 verliert der Arrestbefehl seine Bedeutung als Vollstreckungstitel. Auf Grund desselben kann deshalb gemäß § 104 Abs. 1 Kostenfestsetzung nicht mehr verlangt werden.

3. HansGZ. **06** Beibl. 10 (Hamburg). Gemäß § 922 Abs. 2 muß die Zustellung des Arrestes durch die Partei erfolgen. Zustellung von Amts wegen genügt nicht. Daß der Arrest seine Kraft verloren hat, weil er nicht binnen zwei Wochen ordnungsmäßig zugestellt ist, kann auch im Wege des Widerspruchsverfahrens gegen den formell noch bestehenden Arrest geltend gemacht werden. Der Nachweis der Zustellung kann u. a. auch durch Vorlegung eines Auszuges aus dem Zustellungsregister des Gerichtsvollzieheramts erfolgen.

II. Abs. 3. Fränkel, DJZ. **06** 700. Mußte der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung der einstweiligen Verfügung dem Schuldner gemäß

§ 754 aushändigen — weil dieser den beizutreibenden Betrag leistete — so kann die Urkunde über die bewirkte Zustellung der e. V. weder auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks noch auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen gesetzt werden, wie § 190 es verlangt. In diesem Falle ist die Errichtung einer von der Urschrift losgelösten Zustellungsurkunde erforderlich und genügend.

§ 930. LG. Halle, NaumburgAK. **06** 34. Die Vorschrift des § 930 Abs. 1 Satz 3 bezieht sich nur auf „Forderungen" im Sinne der §§ 828 ff., d. h. Forderungen im Gegensatze zu „anderen Vermögensrechten" (§ 857). Für die Pfändung der letzteren ist deshalb nach den allgemeinen Vorschriften das Vollstreckungsgericht, nicht das Arrestgericht zuständig. Ebenso OLG. Dresden, SächsA. **17** 448, OLG. Naumburg, NaumburgAK. **98** 114, Reincke, ZPO. (5) 773, v. Wilmowski-Levy, ZPO. (7) 1156. AM. Gaupp-Stein, ZPO. (6/7) § 930 Ziff. I, Petersen-Remelé-Anger (5) II 679, Struckmann-Koch, ZPO. (8) § 903 Ziff. 3. Weitere Zitate vgl. NaumburgAK. **06** 35.

§ 932. 1. OLG. **13** 231, RJA. **7** 69, KGJ. **31** A 331, ZBlFG. **7** 111 (KG.) Nur die Einreichung eines formgerechten und sachlich begründeten Antrages oder, falls ihm ein Hindernis entgegensteht, dessen in der Frist des § 18 GBO. erfolgende Hebung, gilt als Vollziehung des Arrestes im Sinne des § 929 Abs. 2 und 3. (AM. Fischer-Schäfer 165.) Ebenso OLG. Colmar, JDR. **3** § 932 III.

2. SchlHolstAnz. **06** 330 (Kiel). Auf Grund der Arresthypothek kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Schuldners betreiben, wenn die persönliche Forderung durch vollstreckbares Urteil festgestellt ist. Der vorgängigen Umschreibung der Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek bedarf es nicht.

§ 935. 1. SächsRpflA. **06** 57 (Dresden). Die Vorschrift des § 888 Abs. 2, nach welcher aus einer Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage ZwV. nicht zulässig ist, steht dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen, durch die dem Beklagten während der Dauer eines Dienstvertrages die Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma unter Strafandrohung verboten wird, da es sich hier um die Erzwingung der Unterlassung der im Widerspruch mit dem Dienstvertrage stehenden Tätigkeit handelt.

2. (§§ 940, 769.) **RG. 61** 359. Die ZwV. aus einem rechtskräftigen Urteil auf Leistung aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte kann, da der judikatsmäßige Anspruch von vornherein materiell nicht bestand — nicht dagegen erst nachträglich erloschen ist —, nicht durch einstweilige Anordnung aus § 769, sondern nur durch einstweilige Verfügung gemäß §§ 935, 940 verhindert werden.

3. (§ 940.) Josef, HoldheimsMSchr. **06** 197. Die Vorschriften der ZPO. über einstweilige Verfügungen finden im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Anwendung. Das Registergericht kann daher nicht durch einstweilige Verfügung Liquidatoren einer Handelsgesellschaft ernennen oder abberufen (§§ 146, 147 HGB.) — Abw. Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 299 ff. — Ebensowenig kann aber im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit eine einstweilige Verfügung in Sachen erlassen werden, welche im Beschlußverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen sind.

4. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 245, 247. Wer zum Schutze eines Anspruchs auf ein reines Unterlassen, z. B. auf Nichtbetreten eines Grundstücks, Nichteintreten in ein Konkurrenzgeschäft, eine einstweilige Verfügung haben will, braucht nur glaubhaft zu machen, daß eine Zuwiderhandlung zu besorgen ist. Denn jede Zuwiderhandlung ist eine Veränderung des bestehenden Zustandes, durch die die Verwirklichung des Anspruchs auf das Unterlassen zum mindesten zeitweise vereitelt wird.

§ 936. 1. OLG. **13** 235, KGJ. **31** A 371, ZBlFG. **7** 105 (Rostock). Eine einstweilige Verfügung kann nicht gegen einen unbestimmten Gegner erlassen werden.

2. OLG. **13** 239 (KG.). Das Verfahren der einstweiligen Verfügung ist ein lediglich in besonderen Formen geführter Rechtsstreit, wie jeder andere. In dem Verfahren ist deshalb auch dann über die Kosten zu entscheiden, wenn sich der sachliche Antrag ohne Entscheidung erledigt, und es ist zu diesem Zwecke zu prüfen, ob der Antrag, wenn er aufrecht erhalten wäre, Erfolg gehabt hätte. Diese Prüfung erfolgt in den besonderen für das Verfahren der einstweiligen Verfügung vorgeschriebenen Formen, insonderheit ohne förmliche Beweiserhebung. Die Kostenentscheidung ist eine endgültige, wenn es zu einem Hauptprozesse über den bereits erledigten sachlichen Antrag nicht mehr kommen kann.

3. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **06** 257, R. **06** 60. Für die Entscheidung über Erinnerungen gegen die Art und Weise der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, durch welche an den Drittschuldner das Verbot, an den Schuldner oder dessen Zessionar zu zahlen und an den Zessionar das Verbot erlassen ist, über die ihm abgetretene Forderung zu verfügen, ist gemäß §§ 936, 928, 828 das Amtsgericht zuständig, bei dem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

§ 937. 1. ElsLothJZ. **06** 232 (Colmar). „Hauptsache" ist im Falle des § 935 derjenige Anspruch, dessen Vollstreckung unmittelbar (**RG. 45** 348) durch die einstweilige Verfügung gesichert werden soll. Im Falle des § 940 ist Hauptsache der Rechtsstreit über das Rechtsverhältnis, auf welches sich die nachgesuchte Regelung des einstweiligen Zustandes bezieht.

2. Marcus, R. **06** 795. Die Ablehnung des Antrages, ohne mündliche Verhandlung über das Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden, kann mit der Beschwerde (§ 567) angefochten werden.

§ 938. SächsOLG. **27** 173 (Dresden). Zur Sicherung eines Anspruchs aus dem Anfechtungsgesetze kann, soweit es sich um Grundstücke handelt, nicht die Eintragung einer Vormerkung, sondern nur die eines Veräußerungsverbotes im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden. Denn der Anfechtungsanspruch ist kein privatrechtlicher Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke (§ 883 BGB.), sondern geht nur darauf, daß der Anfechtungsgegner die ZwV. in die Grundstücke in gleicher Weise dulde, wie wenn sie noch dem Schuldner gehörten.

§ 939. KG., DJZ. **06** 881. Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung kann nicht durch eine andere einstweilige Verfügung im Beschlußverfahren, sondern nur auf Grund voraufgegangener mündlicher Verhandlung erfolgen. ➳ Durch Urteil. Vgl. JDR. **1** § 939 Ziff. 1. Red. ⇽ Die §§ 707, 719, 713 können schon deshalb nicht Anwendung finden, weil eine einstweilige Verfügung nicht nur vorläufig, sondern endgültig vollstreckbar ist.

§ 940. 1. BraunschwZ. **06** 49 (Braunschweig). Bei Prüfung der Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen gemäß § 940 ist zu berücksichtigen, daß es sich um Ausnahmen von der Regel handelt. Nicht nur die Interessen des Antragstellers, sondern auch die des Gegners sind zu beachten.

2. Anwendbarkeit. **a)** OLG. **13** 237 (Naumburg). In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung (JW. **92** 58[9], **98** 540[7], **01** 722[4], Gruchots Beitr. **39** 1161) ist anzunehmen, daß während des Nachverfahrens im Wechselprozeß nicht nur zur Sichernng selbständiger Gegenansprüche, sondern auch zur Sicherung des bei Aufhebung des Vorbehaltsurteils etwa entstehenden Schadensersatzanspruchs einstweilige Verfügungen auf Hemmung der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 935, 940 er-

lassen werden können. b) (§ 627.) SächsOLG. 27 554 (Dresden). Auch wenn die Voraussetzungen des § 627 nicht vorliegen, sind in Ehesachen einstweilige Verfügungen zulässig, sobald nur die Erfordernisse des § 940 erfüllt sind.

3. Anwendbarkeit verneint: a) OLG. 13 236 (Hamburg, FerienZivSen.). Die Anordnung des Verkaufs einer zur Verfügung gestellten Ware würde nicht die Regelung eines einstweiligen Zustandes darstellen, sie kann deshalb durch einstweilige Verfügung nicht getroffen werden. Der früheren abweichenden Ansicht des Senats — HansGZ. 00 Hauptbl. 282, OLG. 1 377, s. JDR. 1 § 940 Ziff. 10 — und Staubs steht entgegen, daß der Gesetzgeber die besondere Bestimmung des § 489 BGB. für erforderlich erachtet hat, um die Anordnung des Verkaufs des zur Verfügung gestellten Tieres während des Prozesses zu ermöglichen. b) OLG. 13 236 (Hamburg). Der Antrag eines Theaterdirektors, einem vertragsbrüchigen Schauspieler durch einstweilige Verfügung sein Auftreten auf einer anderen Bühne zu untersagen, wurde abgelehnt, weil das Interesse des Antragstellers an der Aufrechterhaltung seiner Autorität durch die verfallene hohe Vertragsstrafe und sein Einnahmeausfall im Hinblick auf die notorische Zahlungsfähigkeit des Gegners hinreichend gesichert erschienen. c) OLG. 13 237 (Celle). Eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils ist regelmäßig unzulässig, da der erste Abschnitt des 8. Buchs der ZPO. die dem Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung zustehenden Rechtsbehelfe erschöpfend regelt. Vgl. Falkmann (2) § 30 Note 11.

4. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. a) Über die Zulässigkeit und die Voraussetzungen sowie über die Zuständigkeit des Eheprozeßgerichts zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung auf Kostenvorschußleistung durch den Ehemann vgl. *Klien, SächsRpflA. 06 424 und o. zu § 627. b) RG. PosMschr. 06 82. Der Umstand, daß die Ehefrau das Armenrecht nachsuchen konnte, ist kein Grund zur Ablehnung des Erlasses der einstweiligen Verfügung, durch die dem Ehemanne die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgegeben wird. Denn einmal mußte, solange die Frau die Möglichkeit hat, die erforderlichen Geldmittel von dem dazu vermögenden Manne zu fordern, bei richtiger Behandlung das Armenrechtsgesuch überhaupt abgelehnt werden. Hiervon abgesehen, würde aber der in der Versagung der einstw. Verfügung liegende Zwang zur Nachsuchung des Armenrechts nicht zu rechtfertigen sein. c) SächsOLG. 27 382 (Dresden). Die Notwendigkeit der einstweiligen Regelung durch Erlaß einer einstweiligen Verfügnng, die dem Ehemanne die Zahlung eines Kostenvorschusses für den Scheidungsprozeß auferlegt, ist zu verneinen, wenn die Verfügung wegen Mittellosigkeit des Mannes voraussichtlich nicht zum Ziele führt, die Frau dagegen in der Lage ist, die Bewilligung des Armenrechts nachzusuchen. Vgl. JDR. 4 § 940 Ziff. 2f.

§ 942. 1. OLG. 13 241, SchlHolstAnz. 06 41 (Kiel). Neben dem Erfordernis der Dringlichkeit stellt § 942 für die ausnahmsweise Zuständigkeit des Amtsgerichts das Erfordernis auf, daß sich der „Streitgegenstand" im Bezirke des Amtsgerichts befindet. Damit hat ausgedrückt werden sollen, daß § 942 nur Platz greift, wenn der Streit der Parteien eine unbewegliche oder bewegliche individuell bestimmte Sache betrifft, die sich im Bezirke des Amtsgerichts befindet. Bei Geldforderungen bildet das Geld keinen solchen Streitgegenstand.

2. Ladung vor das Gericht der Hauptsache. a) RG. GruchotsBeitr. 50 1113, JW. 06 337, BayRpflZ. 06 317, R. 06 756. Das Eingreifen des in dringenden Fällen nach § 942 anzugehenden Gerichts hat nur den Zweck, einen einstweiligen Zustand in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung zu sichern, bis von dem Gericht der Hauptsache Verfügung getroffen werden kann. Zwischen beiden Gerichten besteht an sich kein Zusammenhang. Die Rechtshängigkeit des

Verfahrens über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung tritt nicht mit der Anbringung des Gesuchs um Erlaß der einstweiligen Verfügung, sondern erst durch die Ladung vor das Gericht der Hauptsache binnen der vom Amtsgericht bestimmten Frist (§ 942 Abs. 1) ein. Welches Gericht das Gericht der Hauptsache ist, bestimmt sich daher nach dem Zeitpunkte dieser Ladung. **b)** Abw. OLG. **13** 242 (Hamburg). Gericht der Hauptsache ist dasjenige Gericht, welches zur Zeit des Erlasses der Auflage aus § 942 als solches zuständig ist. Wird demnächst durch das übergeordnete Gericht gemäß § 36 Ziff. 3 ein anderes Gericht als für die Hauptsache zuständiges Gericht bestimmt, so hat dies auf das Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung keinen Einfluß. **c)** SächsOLG. **27** 552 (Dresden). Wird eine vom Amtsgericht nach § 942 Abs. 1 erlassene einstweilige Verfügung vom Gericht der Hauptsache bestätigt, so hat nunmehr die einstweilige Verfügung als von diesem Gericht erlassen zu gelten. Sind für die Zuwiderhandlung gegen die einstweiligen Verfügungen Strafen angedroht, so gilt als Prozeßgericht erster Instanz i. S. des § 890 nach Bestätigung der gemäß § 942 Abs. 1 erlassenen einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache, bis dahin aber das Amtsgericht, das die Verfügung erlassen hat.

3. R. **06** 448 (Naumburg). Die Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung kann noch nach fruchtlosem Ablauf der vom Amtsgericht dafür gesetzten Frist vom Antragsteller nachgeholt werden, selbst wenn der Antragsgegner schon die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beantragt hat, sofern nur diesem Antrage noch nicht entsprochen ist.

4. **a)** *Gundlach, JW. **06** 326. Gegen die auf Grund des § 942 vom Amtsgericht erlassene „einstweilige Verfügung" findet als einziger Rechtsbehelf die Ladung zur Verhandlung über deren Rechtmäßigkeit vor das Gericht der Hauptsache statt, nicht das Widerspruchsverfahren vor dem Amtsgericht, welches die einstw. Verfügung erlassen hat. Gericht der Hauptsache ist nicht etwa das dem Amtsgericht im Instanzenzuge übergeordnete Landgericht. Das die einstw. Verfügung erlassende Amtsgericht ist gewissermaßen ein durch die Dringlichkeit der zu treffenden Entscheidung erforderlich gewordener vorläufiger Vertreter des Gerichts der Hauptsache. **b)** LG. Halle, NaumburgAK. **06** 52. Gegen eine aus § 942 erlassene einstweilige Verfügung ist der Widerspruch nicht gegeben. (Ebenso Gaupp-Stein § 942 III.)

5. OLG. **13** 240, SchlHolstAnz. **06** 310 (KG.). Da durch die Nachsuchung einer einstweiligen Verfügung keine Rechtshängigkeit begründet wird (**RG. 13** 364), so kann der Antragsteller, wenn das aus § 942 angegangene Amtsgericht mündliche Verhandlang anordnet, sich ohne weiteres mit seinem Antrage an das Gericht der Hauptsache wenden und dort zur mündlichen Verhandlung laden.

§ 943. SächsOLG. **27** 466 (Dresden). Hat, während eine amtsgerichtliche Sache beim Landgericht in der Berufungsinstanz schwebt, das Landgericht eine einstweilige Verfügung erlassen, dann aber auf den Widerspruch des Schuldners durch Urteil wieder aufgehoben, so ist gegen dieses Urteil die Berufung nicht zulässig (§ 511). Denn die Entscheidung ist vom Landgericht als Berufungsgericht — nicht in erster Instanz — erlassen.

§ 945. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang 463: Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs genügt die Tatsache, daß der Arrest oder die einstweilige Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt wieder aufgehoben worden ist. Die Rechtmäßigkeit ist dann in dem Schadenersatzprozesse nicht weiter zu prüfen (**RG. 58** 237, **59** 355). Dagegen kann trotz rechtskräftiger Bestätigung des Arrestes im Schadensersatzprozesse der Beweis geführt werden, daß er zu Unrecht angeordnet worden sei; die auf bloßer Glaubhaftmachung beruhende Feststellung

des Arrestverfahrens steht einer Nachprüfung im ordentlichen Verfahren und mit den ordentlichen Beweismitteln nicht entgegen. Eine Aufhebung wegen veränderter Umstände verpflichtet nicht zum Schadensersatz. — Die weitreichende Schadenersatzpflicht macht den Arrest und die einstweilige Verfügung zu Rechtsbehelfen, deren Benutzung für den Gläubiger sehr gefährlich werden kann.

2. **RG.** SeuffA. **61** 77 = JW. **04** 416 (s. JDR. **3** § 945 Ziff. 2). Das über den Schadensersatzanspruch aus § 945 erkennende Gericht darf nicht nachprüfen, ob die mangels Vorhandenseins eines Arrestgrundes erfolgte Aufhebung des Arrestes mit Recht erfolgt ist. — Vgl. auch JDR. **4** § 945 Ziff. 3.

3. **RG. 63** 38, JW. **06** 307. Die Vorschrift des § 945 findet auf einstweilige Verfügungen gemäß § 627 — in Ehesachen — keine Anwendung, wie schon daraus folgt, daß § 945 im § 627 Abs. 4 nicht zitiert ist.

4. BadRpr. **06** 95 (Karlsruhe). Hat der Arrestbeklagte Sicherheit leisten müssen, um die Vollziehung des Arrestes abzuwenden, und wird dann der Arrest als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben, so kann der Arrestbeklagte mit der Schadensersatzklage aus § 945 auch auf Einwilligung des Klägers in die Rückgabe der hinterlegten Sicherheit klagen, obwohl durch § 109 ein einfacherer Weg geschaffen ist, um die Einwilligung der Partei, zu deren Gunsten die Sicherheitsleistung erfolgt ist, in die Rückgabe herbeizuführen.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

Selbständige Monographien aus diesem Gebiete sind nicht erschienen. Die berücksichtigten Zeitschriften enthielten nichts Erwähnenswertes.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Oppler, Schiedsvertrag und Schiedsmännervertrag, R. **06** 433. — Rau, Die Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, ZVersWiss. **5** 275 ff.

I. Wesen des Schiedsvertrages. 1. Oppler aaO. In allen Fällen, in denen es sich um Feststellung einzelner streitiger Punkte im Wege gutachtlicher Äußerung handelt, ist ein Schiedsvertrag im Sinne der §§ 1025 ff. nicht zu erblicken, denn der Schiedsvertrag setzt begrifflich voraus, daß der Spruch der Schiedsrichter das gesamte zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis umfaßt. Solche die Schlichtung einzelner Streitpunkte durch Schiedsmänner (arbitratores) vorsehende Vertragsbestimmungen begründen weder die Einrede des Schiedsvertrags nach § 274 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO. noch etwa die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 274 Abs. 1 Ziff. 2), da der „Rechtsweg" begrifflich auch hier allein im Gegensatze zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gemeint ist. — Es können daher aus solchen Schiedsmännerverträgen prozeßhindernde Einreden, auf Grund deren der Beklagte die Einlassung zur Hauptsache verweigern könnte, überhaupt nicht hergeleitet werden, was die weitere Folge hat, daß ein über die nicht-prozeßhindernde Einrede des Schiedsmännervertrags als über ein selbständiges Verteidigungsmittel gemäß § 303 ZPO. entscheidendes Zwischenurteil durch Berufung selbständig nicht angegriffen werden kann. Die Erklärung, die Anrufung des Gerichts sei ausgeschlossen, da die Entscheidung der Schiedsmänner nach dem Zweck und Inhalt des Vertrags für beide Parteien rechtsverbindlich sein solle, ist eine auf Ausschluß des Prozeßwegs gerichtete Einrede materiellrechtlicher Natur. — Trotz der Parteivereinbarung, daß der Spruch der Schiedsmänner rechtsverbindlich sein, d. h. die Wirkung des rechtskräftigen Urteils haben solle, ist die Anfechtung dieses Spruches wegen „offenbarer Unbilligkeit" (§ 319 BGB.) zuzulassen.

2. Rau aaO. handelt über die Bedeutung der in Versicherungsverträgen enthaltenen Klausel, nach welcher bestimmte Vorfragen für die Geltendmachung des Anspruchs auf die Versicherungssumme von einem „Schiedsgericht“ entschieden werden sollen, sowie über das Verfahren bei dieser Entscheidung.

3. Das RG. erörtert — JW. 06 573, NaumburgAK. 06 64 — an einem Rechtsfall den Unterschied zwischen einem Schiedsvertrag und der Vereinbarung, daß über eine streitige Tatsache von Personen entschieden werden soll, die Schiedsrichter genannt werden, tatsächlich aber Arbitratoren sind. Weder die Klausel, daß die Sachverständigen mit Ausschluß des Rechtsweges über bestimmte Fragen zu entscheiden haben, noch die Vertragsbestimmung, daß die Vorschriften der ZPO. über das Schiedsverfahren anwendbar sein sollen, zwingen dazu, einen Schiedsvertrag für vorliegend zu erachten. Entscheidend ist lediglich, ob die „Sachverständigen“ einen Rechtsstreit ganz oder teilweise nach Art eines Richterspruchs entscheiden sollen.

4. R. 06 61 (Kiel). Haben die Parteien nur vereinbart, daß bestimmte zwischen ihnen entstehende Streitfragen über die Auslegung des Vertrages oder darüber, ob von der einen Seite der Vertrag erfüllt sei, durch ein Schiedsgericht zu entscheiden seien („Schiedsgutachtensvertrag“), so begründet ein solcher Vertrag nicht die prozeßhindernde Einrede des § 274 Abs. 3 ZPO., kann vielmehr nur dazu führen, daß die Klage als vorzeitig erhoben abgewiesen werden muß.

5. OLG. Dresden, OLG. 13 244 und OLG. Colmar, ElsLothJZ. 06 58, behandeln den Unterschied zwischen einem Schiedsvertrag und einem Vertrag, nach dem gemäß § 317 BGB. die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen ist, im Anschluß an je einen Einzelfall.

II. 1. RG. JW. 06 396, R. 06 944. Der Rechtsgrundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein kann, gehört dem öffentlichen Rechte an. Vereinsstatuten, die ihm entgegenstehen, ermangeln daher der Gültigkeit, so die Bestimmung, daß die Generalversammlung der Vereinsmitglieder zur Entscheidung über alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag berufen sei.

2. OLG. 13 243 (Hamburg). Über die Verpflichtung des Beklagten, einen bestimmten Anspruch durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, kann auf Grund einer Feststellungsklage entschieden werden.

3. RG. R. 06 60. Wenn auch die Nichtigkeit des Hauptvertrags in der Regel die Nichtigkeit der Schiedsklausel zur Folge hat, so ist doch im Zweifel die Frage, ob eine Partei wegen Vertragsverletzung der Gegenpartei vom Vertrag zurücktreten darf, der Entscheidung des Schiedsgerichts unterworfen.

§ 1026. 1. RG. 62 353, JW. 06 176. Aus der Anwendung des Ausdrucks „Rechtsverhältnis“ im § 1026 ist nicht zu folgern, daß nur ein Rechtsverhältnis in seiner Totalität Gegenstand eines Schiedsvertrags sein könnte; Gegenstand desselben können vielmehr auch Teile eines Rechtsverhältnisses sein. Bei anderer Auslegung würde der Wert des Instituts der Schiedsgerichte eine durch den Wortlaut des Gesetzes nicht bedingte erhebliche Minderung erleiden. — Ob die Gültigkeit eines Schiedsspruchs dadurch beeinträchtigt wird, daß die Schiedsrichter nur über einen Teil des ihnen nach dem Schiedsvertrag unterbreiteten Rechtsverhältnisses tatsächlich entschieden haben, ist im Einzelfalle nach dem im Schiedsvertrag zum Ausdruck gelangten Parteiwillen zu beurteilen.

2. BadRpr. 06 123, R. 06 1203 (Karlsruhe). Die in einer Börsenordnung enthaltene Bestimmung, nach welcher Streitigkeiten zwischen Börsenbesuchern aus außerhalb der Börse geschlossenen Geschäften vom Schiedsgericht erledigt werden sollen, verstößt gegen § 1026.

57*

§ 1029. I. Abs. 1. OLG. Bamberg, SeuffA. **61** 214, R. **06** 1145. Die Aufforderung der betreibenden Partei an den Gegner, auch seinerseits einen Schiedsrichter zu benennen, ist unwirksam, wenn die im § 1029 Abs. 1 vorgeschriebene Fristsetzung fehlt.

II. Abs. 2. 1. OLG. **13** 248 (Celle). Das gemäß § 1029 um Ernennung eines Schiedsrichters angegangene Gericht hat im Streitfalle, event. nach voraufgegangener Beweisaufnahme und mündlicher Verhandlung (§ 1045 Abs. 2) auch darüber zu entscheiden, ob überhaupt ein gültiger Schiedsvertrag vorliegt.

2. OLG. **13** 246 (Hamburg). Hat die betreibende Partei zur Verfolgung eines vermögensrechtlichen Anspruchs beim Gericht aus § 1029 Abs. 2 den Antrag auf Ernennung eines Schiedsrichters für die Gegenpartei gestellt, und fällt diese in Konkurs, so richtet sich die Aufnahme des Verfahrens — welches die Konkursmasse betrifft — nach §§ 12, 144, 146 KO. Danach hat die betreibende Partei, sofern sie nicht auf Befriedigung aus der Konkursmasse verzichtet, ihren vermögensrechtlichen Anspruch zur Masse anzumelden. Erst nach der Anmeldung und erst, wenn ein Widerspruch gegen die Forderung erhoben ist, kann gemäß § 146 KO. das Verfahren aufgenommen werden.

§ 1032. OLG. **13** 248 (Celle). Der Umstand, daß ein Schiedsrichter bei einem vorangegangenen, durch rechtskräftiges Urteil aufgehobenen Schiedsspruch mitgewirkt hat, begründet seine Ablehnung in einem neuen denselben Rechtsstreit betreffenden Schiedsverfahren nicht.

§ 1033. 1. ElsLothJZ. **06** 22 (Colmar). Eine ungebührliche Verzögerung in der Erfüllung der Pflichten des Schiedsrichters kann darin liegen, daß er die von ihm versäumte Innehaltung der Formvorschriften des § 1039 nicht binnen angemessener Frist nachholt.

2. OLG. **13** 247, HansGZ. **06** Beibl. 132 (Hamburg). Auch dadurch, daß die im Schiedsvertrag bestimmte Instanz sich weigert, das Schiedsgericht zu ernennen, wird der Vertrag hinfällig. § 1029 findet keine Anwendung.

§ 1034. 1. **RG.** JW. **06** 574. Die Parteien haben keinen Anspruch darauf, daß ihnen von Amts wegen die Aussprüche der beiden von ihnen ernannten Schiedsrichter, auf Grund deren der Schiedsspruch vom Obmann gefällt wird, bekannt gegeben und ihnen Gelegenheit zur Äußerung über dieselben gewährt wird.

2. **RG.** JW. **06** 477. Während im gerichtlichen Prozeßverfahren die Festsetzung der Höhe des Streitwerts und der zu erstattenden außergerichtlichen Kosten regelmäßig ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgt, hat im schiedsrichterlichen Verfahren die Gegenpartei Anspruch auf rechtliches Gehör. Denn der Beschluß des ordentlichen Gerichts über die Wert- oder Kostenfestsetzung ist mit der Beschwerde anfechtbar und der Gegner hat im Beschwerdeverfahren Gelegenheit zur Äußerung. Das schiedsrichterliche Verfahren dagegen wird durch den Schiedsspruch endgültig und unabänderlich erledigt.

3. **RG.** JW. **06** 574. Die Zulassung von Rechtsanwälten steht im allgemeinen im freien Ermessen der Schiedsrichter. Nur, falls ohne Anwälte der Vortrag des Sach- und Streitstandes nicht erfolgen kann, ist die Zulassung geboten. Vgl. JDR. **4** § 1034 Ziff. 3.

§ 1039. OLG. **13** 249 (Hamburg). Solange nicht die im § 1039 vorgeschriebenen Formalitäten erfüllt sind, ist der Schiedsspruch ein Internum des Schiedsgerichts, selbst wenn er den Parteien in formloser Weise bekannt gegeben ist. Er kann daher jederzeit ergänzt oder berichtigt werden. Ein Verzicht der Parteien auf Erfüllung der Formalitäten ist nur dann wirksam, wenn er den Schiedsrichtern gegenüber zum Ausdruck gebracht ist.

§ 1040. RG. OLG. **13** 243 Anm. 1. Die Kostenentscheidung erfolgt nicht auf Grund des § 308 Abs. 2, sondern auf Grund des Parteiwillens und wirkt nur unter den Parteien. Weder über den eigenen Honoraranspruch noch über die Ansprüche der Parteivertreter haben die Schiedsrichter zu entscheiden.

§ 1041. 1. SeuffA. **61** 82 = BayObLG. **6** 371 f. JDR. **4** § 1041 Ziff. 1. Ein Schiedsspruch kann nicht wegen offenbarer Unbilligkeit angefochten werden.

2. OLG. **13** 250 (Naumburg). Unterwerfen sich die Parteien einem ausländischen Schiedsgericht, so unterwerfen sie sich auch in bezug auf das gesamte Verfahren dem Rechte des Ortes, an welchem der Schiedsspruch gefällt werden soll.

§ 1042. 1. R. **06** 1323 (Kiel). Gegen Reincke (Anm. 2 zu § 1040) ist in Übereinstimmung mit Gaupp-Stein und Seuffert (Anm. zu § 1040) anzunehmen, daß ein Vollstreckungsurteil auch gegenüber Rechtsnachfolgern der Parteien, und zwar nicht nur bei allgemeiner, sondern auch bei Sondernachfolge durch Schuldübernahme erlassen werden kann. Die Natur des Schiedsvertrags weist auf eine noch freiere Behandlung des Schiedsspruchs hin, als es die §§ 727, 731 für die gerichtlichen Urteile vorschreiben. Daher besteht für das Vollstreckungsurteil zum Schiedsspruch auch nicht die Schranke, die für die gerichtlichen Urteile der § 729 dahin aufstellt, daß nicht die einfache, sondern nur die dort bezeichnete qualifizierte Schuldübernahme eine Rechtsnachfolge darstellt.

2. OLG. **13** 251, SchlHolstAnz. **06** 87, SeuffA. **61** 380 (Kiel). Vor Erhebung der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils braucht der Kläger den Beklagten nicht nochmals zu mahnen, um sich gegen die Kostenfolgen aus § 93 zu sichern. Die Geltendmachung des Anspruchs im schiedsrichterlichen Verfahren stellt schon die Mahnung dar.

3. BadRpr. **06** 139 (Karlsruhe). Auch ausländische Schiedssprüche können durch Vollstreckungsurteil für vollstreckbar erklärt werden, wenn sie neben den Voraussetzungen, von denen das ausländische Recht ihre Gültigkeit abhängig macht (RG. **5** 397), auch die Voraussetzung der deutschen ZPO. erfüllen. Genügt dagegen der Schiedsspruch nur den Anforderungen des ausländischen Rechtes, so kann nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts dem in dem Schiedsvertrag ausgesprochenen Parteiwillen, sich einem Schiedsspruche zu unterwerfen, nur durch die Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs Geltung verschafft werden (RG. **30** 371, JW. **89** 170).

4. PuchersZ. **06** 466 (Colmar). Wird die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs mit der Begründung rechtskräftig abgewiesen, daß ein Schiedsvertrag überhaupt nicht vorliegt, so steht damit rechtskräftig fest, daß ein Schiedsvertrag unter den Parteien nicht zustande gekommen ist.

5. OLG. Kiel, R. **06** 189 = OLG. **11** 191 f. JDR. **4** § 1042 2b. Nachträgliche Festsetzung der schiedsrichterlichen Kosten durch das Gericht, welches das Vollstreckungsurteil erlassen hat. Abw. RG. ebendort unter a.

§ 1045. 1. R. **06** 1269 (Jena). Um die „Ernennung" eines Schiedsrichters handelt es sich auch, wenn die richterliche Entscheidung darüber begehrt wird, ob der von einer Partei ernannten Schiedsrichter eine nach dem Schiedsvertrag erforderliche Eigenschaft hat (Angehöriger der Kaufmanns- oder Fabrikantenkreise?). Auch über diese Frage ist daher nach § 1045 im Beschlußverfahren zu entscheiden.

2. OLG. **13** 244 (Dresden). Die Entscheidungen gemäß § 1045 sind stets, auch im Falle vorgängiger mündlicher Verhandlung, durch Beschluß, nicht durch Urteil zu erlassen.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Das Sammelergebnis war wieder erheblich. Wissenschaft und Rechtsprechung haben sich auch im Jahre 1906 eingehend mit dem ZVG. beschäftigt. Besonders ausführlich sind die Fragen der Behandlung des Zubehörs (§§ 20, 37), der nicht ausgefüllten Grundschuld (§§ 50, 115), der Vormerkung, namentlich des Löschungsanspruchs (§ 48), des Teilungsverfahrens überhaupt (§ 115) und des Verhältnisses der Zwangsverwaltung zum Nießbrauch (§§ 146 ff.) besprochen worden. S. auch die Vorbemerkungen vor §§ 20, 37, 85, 146. — 2. Von den unten vorkommenden Entscheidungen ohne Belegstellen lagen bisher Veröffentlichungen nicht vor; sie sind durch ➵ ⟵ mit dem Zusatz „Red." als Beiträge der Redaktion kenntlich gemacht. — 3. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall „Zwangsversteigerung", „ZwVerw." dagegen „Zwangsverwaltung". — 4. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG.

Literatur: Bossert, Beisp. z. ZwV.= und ZwVerwVerf. (2). Stuttgart. — Claus, Leitfaden für den HypGl. (2). Leipzig. — Fischer, Louis, Das Verf. d. ZwV. an einem Rechtsfall dargestellt (4). Berlin. — Koch, Bay. Überleitungsgesetz v. 15. 5. 06. München. — Krech u. Fischer, Die Gesetzgebung betr. die ZwVollstreckung in das unbewegl. Vermögen (5). Berlin. — Schulz, Die rechtl. Natur der ZwV. Diss. Frankenthal. — Wenz u. Wagner, Prakt. Handbuch f. d. ZwV. u. ZwVerw. (3). Königshütte. — Reitzenstein, Die Pr. LandesG. u. VO. zur Ausf. der ZPO. und des ZVG. (2). Tübingen. — Siméon, Recht und Rechtsgang (2), sämtlich seit 1905 erschienen.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. BadRpr. **06** 80 (bad. Gerichte). Die Pfändung des in einem bestimmten Bruchteil bestehenden Miteigentums an einem Grundstück ist nach § 864 Abs. 2 ZPO. unzulässig, da die Grundsätze über ZwVollstreckung in das unbewegliche Vermögen, und nicht der § 857 ZPO. zur Anwendung zu kommen haben. Vgl. § 44 Ziff. 5 und über gesamte Hand § 17 Ziff. 6.

2. BadRpr. **06** 234 (LG. Mannheim). Nach § 864 Abs. 2 ZPO. kann die ZwVollstreckung nur in den vollständigen Bruchteil von einem Grundstück, nicht in einen Bruchteil dieses Bruchteils betrieben werden. Vgl. § 64 Ziff. 1 und § 18.

3. Steiner, BayRpflZ. **06** 99, führt unter Hinweis auf BayObLG. **5** 430, gegen Zimmermann, BayRpflZ. **06** 38, aus, daß der Fall des Bestehens eines Schutzfoliums für ein zugeschriebenes Grundstück anderen Gerichtsbezirks (BayHypG. §§ 121, 123) identisch ist mit dem der (zulässigen) Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken zu einer rechtlichen Einheit nach § 890 BGB., § 5 GBO. Vgl. JDR. **4** § 1 und unten § 2 Ziff. 1, § 16 Ziff. 4.

4. Bergwerke s. § 10 Ziff. 10.

§ 2. 1. ➵ RG. 19. 12. 06. Der § 2 ist auch dann anzuwenden, wenn dem Hauptgrundstück der ideelle Anteil an einem in einem anderen Gerichtsbezirk liegenden Grundstück zugeschrieben ist. Red. ⟵ Vgl. § 1 Ziff. 3.

2. BayObLG. **6** 339, SeuffBl. **06** 419. Die Anwendung des § 2 ist nicht möglich, wenn ein Teil der Grundstücke unter Grundbuchrecht, der andere unter BayHyp=rechte steht. S. JDR. **3** § 2 Ziff. 4.

§ 3. FrankfRundsch. **06** 25 (Frankfurt). Nach NassExekO. hat ebenso wie nach ZVG. und §§ 176, 178 ZPO. in einem wegen Prozeßkosten eingeleiteten ZwVerfahren die Zustellung an den benannten Prozeßbevollmächtigten zu er=

folgen. Unschädlich ist Zustellung an den nicht benannten Prozeßbevollmächtigten, sofern er es tatsächlich war. S. § 9 Ziff. 2.

§ 6. BraunschwZ. **06** 120 (Braunschweig). Der Zustellungsvertreter ist für die Erfüllung seiner Pflicht den Vertretenen verantwortlich. Wurde er erst nach dem Zuschlag aufgestellt, so kann er für den Schaden haftbar sein, der durch seine schuldhafte Unterlassung der Beschwerde nach §§ 96, 97, 100 oder der Nichtigkeitsklage gemäß §§ 577 Abs. 2, 579, 586 ZPO. entstanden ist. Die Frist zur Einlegung der außerordentlichen Beschwerde lief aber nach § 586 ZPO. den Hypothekengläubigern erst von der im September oder Oktober 1905 geschehenen Zustellung des Zuschlagsbeschlusses an sie selbst an. Innerhalb dieser Frist war für sie die Nichtigkeitsbeschwerde daher noch möglich. Deswegen, und weil eventuell — wenn man vorstehende Fristberechnung nicht annehmen wollte —, nicht erwiesen ist, ob auch bei rechtzeitiger Beschwerde der Zuschlag aufgehoben worden oder gar bei neuer ZwV. ein besseres Ergebnis zu erzielen gewesen wäre, mußte die Schadensersatzklage gegen den Zustellungsvertreter abgewiesen werden. Vgl. §§ 59 Ziff. 1, 97 Ziff. 1.

§ 8. Keine Ersatzzustellung des § 6 an den Schuldner s. § 43.

§ 9. 1. SeuffA. **61** 42 (Königsberg). Ein nicht eingetragener Altenteiler ist nicht Beteiligter, weshalb ihm eine Beschwerde nach § 97 gegen den Zuschlagsbeschluß nicht zusteht.

2. KGJ. **31** B 47. Nach PrStempStG. Tarifst. 73 sind Vollmachten zur Vertretung der Beteiligten im ZwVVerfahren als Prozeßvollmachten zu versteuern, wenn sie lediglich zu den das ZwVVerfahren betreffenden Rechtshandlungen ermächtigen. S. o. § 3.

3. BraunschwZ. **06** 113 (Braunschweig). Auch im ZwVVerfahren ist die Legitimation gesetzlicher Vertreter von Amts wegen zu prüfen (§ 56 ZPO.).

4. Beteiligte: Der Erlösaussonderer § 37 [5] Ziff. 12, der Obereigentümer § 91 Ziff. 6. Kein Beteiligter: der Besitzer § 37 [5] Ziff. 1 § 93 Ziff. 1. Verschiedenes Beschwerderecht § 6 Ziff. 1, § 59 Ziff. 1, § 97 Ziff. 1. Retentionsrecht § 92 Ziff. 3.

§ 10. 1. SächsOLG. **27** 286. Die Auslagen für Vollendung eines Rohbaues während des ZwV.- und ZwVerwVerfahrens können, wenn sie dem allgemeinen Nutzen der Hypothekgläubiger dienten, unter die nach § 10 Ziff. 1 ZVG. bevorrechtigten Forderungen in den Teilungsplan des ZwVerstVerfahrens eingesetzt werden, die Gebühren des Zwangsverwalters aber gewöhnlich nicht.

2. **RG.** JW. **07** 87. Das preuß. Patronat ist eine öffentliche gemeine Last im Sinne der §§ 436, 446 BGB. und der nach Art. 55 EGBGB. für die Begriffsbestimmung maßgebend gebliebenen Vorschriften (vgl. **RG.** **59** 402, GruchotsBeitr. **47** 835, 396), insbesondere der §§ 175 ff. I. 11 ALR., Art. 1 Ziff. 2, Art. 2 Ziff. 1 PrAGZVG., da es zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur ist und in der Kirchenverfassung seinen Grund hat (Jaeckel, ZVG. 650). Es kann auch vertragsmäßig erweitert worden sein. Auch würde der Umstand, daß es sich im wesentlichen um eine einmalige Leistung handelt, der Annahme einer öffentlichen gemeinen Last nicht im Wege stehen (Jaeckel aaO., Gruchots Beitr. **36** 1112, **24** 1027).

3. *Hundemer, BayRpflZ. **06** 131. Die nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen v. 5. 5. 86/30. 6. 00 geschuldeten und nach BayAG. v. 5. 4. 88 auf die Mitglieder der betreffenden Berufsgenossenschaft nach dem Maßstabe der Grundsteuer umzulegenden Beiträge zur genannten Unfallversicherung sind nicht öffentliche Lasten des Grundstücks, sondern persönliche, in der Zugehörigkeit zur Berufsgenossenschaft wurzelnde und mit

Rücksicht auf vorhandenen Grundbesitz, nicht aber vom Grundbesitz geschuldete, Leistungen. Eine dingliche Haftung der Grundstücke des Mitglieds der Berufsgenossenschaft für genannte Beiträge ist daher nicht gegeben. — Der gegenteiligen Ansicht der Motive zum Entwurf eines AGBGB. und von Henle-Schneider bei Art. 122 Anm. 2 der Handausgabe zu dem BayAGBGB. kann nicht beigepflichtet werden. — Hieraus folgt, daß die fraglichen Beiträge den den öffentlichen Lasten des Grundstücks im § 10 Ziff. 3 ZVG. eingeräumten Rang nicht beanspruchen können. Ebenso für Baden JDR. **3** § 10 Ziff. 4.

4. Vorgang des Erlösanspruchs des Dritteigentümers s. § 37[5] Ziff. 12.

5. *Seim, SächsRpflA. **06** 419. Das sächsische Gesetz, die ZwV. in das unbewegliche Vermögen betr., v. 18. 6. 00 § 2 enthält Bestimmungen über sächsische öffentliche Lasten. (Landesbrandversicherungsbeiträge, Landrenten, gewisse Ablösungsrenten, Landeskulturrenten). Weitere Anordnungen der sächsischen Gesetzgebung fehlen bis jetzt. Es ist daher dem Richter überlassen, unter Anwendung sächsischen Rechtes zu entscheiden, welche Lasten er in den Kreis des § 10 Ziff. 2 einbeziehen will. Die auf die Vorschrift des § 4 Ziff. 2 der früheren sächsischen SubhO. Bezug nehmenden Entscheidungen finden auch auf diese Frage Anwendung. — SächsA.. **8** 56 (LG. Zwickau). Gemeindeumlagen, die von den Grundstücksbesitzern nach Maßgabe der Grundsteuereinheiten erhoben werden, fallen nicht unter § 10 Ziff. 3. — Im übrigen ist zu verweisen: Für Schornsteinfegergeld auf Wolff, ZVG. 37 und SächsA. **3** 584, für lokalstatutarische Adjazentenbeiträge auf Schurig, SubhO. 49 und ACivEntsch. **75** 82, für Gelder für Grubenräumung auf SächsA. **3** 583, für Wasserzins auf SächsA. **3** 583 und FischersZ. **20** 20, für Beiträge an die land- und forstwirtschaftliche Berufsgenossenschaft für das Königreich Sachsen auf § 28 Abs. 2 ihres Statuts und §§ 57, 58, 113 RGes. in der Fassung v. 5. 7. 00, sowie auf § 16 SächsG. v. 18. 8. 02.

6. OLG. **13** 102 (Cassel). Die Kosten der Hypothekklage hat trotz seines sofortigen Anerkenntnisses in der Regel der beklagte Eigentümer zu tragen, da er nach Eintritt der Fälligkeit der Hypothek dem Gläubiger von freien Stücken die Verschaffung eines vollstreckbaren Titels anbieten muß. Ähnlich daselbst 103 OLG. Celle.

7. Fuchs, SeuffBl. **06** 398, dagegen vertritt die Nichtverpflichtung des bloßen Hypothekschuldners zur Zahlung der Hypothek nebst Prozeßkosten, die nur im Wege der ZwV. aus dem Grundstück beigetrieben werden könnten. Er will daher bei siegreicher Hypothekklage den Kläger in die Prozeßkosten mit dem Beifügen verurteilt wissen, daß er diese Kosten gegenüber dem auf die Hypothek fallenden Teil der Kaufgelder anzumelden befugt sei. Ähnlich in einem besondern Falle LG. Leipzig und Reichel, BuschsZ. **36** 167.

8. PosMschr. **06** 154 (KG.). Die Eintragung eines Zinsrückstands als selbständiger Zwangshypothek ist zulässig; es kann dadurch sein Rang im ZwV. Verfahren (§ 10 Ziff. 4 u. 8) verbessert werden.

9. PosMschr. **06** 175 (Posen). Der Rechtsweg ist zulässig für den Verteilungsstreit zwischen dem zunächst ausgefallenen Hypothekgläubiger und der Stadtgemeinde, die aus der hinterlegten Streitmasse rückständige Anliegerbeiträge decken will. Vgl. JDR. **4** § 10 III 2.

10. **RG. 63** 190, JW. **06** 441, R. **06** 1146. Die Anwendung der Vorschriften des ersten Abschnitts des PrAGZVG. auch auf Bergwerke ist trotz seiner dies nicht genau ausdrückenden Überschrift unabweisbar. Es sind daher die Artt. 1 bis 3 dieses Gesetzes für die Frage, ob eine Last zu den gemeinen auf dem Bergwerk ruhenden Lasten gehört, nicht ohne Bedeutung. Aber aus Abs. 2 des im II. Abschnitt jenes Gesetzes stehenden Art. 17, der die Beiträge des Werk-

besitzers zu den Knappschafts- und Krankenkassen als gemeine Lasten erklärt, kann nicht gefolgert werden, daß in Preußen auch die vom Werkbesitzer nach dem GewUVG. an die Knappschafts-Berufsgenossenschaft zu zahlenden Beiträge als gemeine öffentliche Lasten im Sinne der Artt. 1—3 PrAGZVG. zu gelten haben. Diesen mehr auf den Betrieb als auf den Bergwerksbesitz gelegten Beiträgen ist vielmehr das Vorrecht des § 10 Ziff. 3 ZVG. zu versagen.

11. DJZ. **06** 87 (PrOVG.). Nur fällige rückständige Anliegerbeiträge, — bei denen von laufenden Beiträgen (Lasten) nicht gesprochen werden kann — sind bei der ZwV. nach § 10 Ziff. 3 anzumelden.

§ 12. 1. Schindler, DJZ. **06** 819. Wenn die ZwVersteigerung von einem Gläubiger für rückständige Hypothekzinsen betrieben wird, die ihm ein Hypothekgläubiger unter Vorbehalt des Vorrangs für sein Hypothekkapital und für laufende Zinsen und Kosten abgetreten hat, so sind in das geringste Gebot auch das erwähnte Hypothekkapital und dessen laufende Zinsen mit aufzunehmen. Vgl. JDR. **4** § 44 Ziff. 6.

2. Pfändung von Amortisationsraten § 107 Ziff. 9.

§ 14. Bayer. Nebenkautionen s. § 45 Ziff. 1.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. RheinA. **103** I 41 (Cöln). Gegen die ohne Anhörung des Schuldners erfolgte Anordnung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen findet seitens des Schuldners nicht die sofortige Beschwerde, sondern die Erinnerung nach § 766 ZPO. statt. Vgl. JDR. **4** § 15.

2. Gmelin, ZBlFG. **7** 361, ist dagegen für Nichtanwendung des § 766 ZPO., also für sofortige Beschwerde, empfiehlt aber für nicht einfache Fälle insbesondere bei Teilungs-ZwVersteigerung nach § 180 vor Beschlußfassung die Vernehmung der Beteiligten. S. auch u. § 95 Ziff. 2.

3. SchlHolstAnz. **06** 330 (Kiel). Zur Beitreibung einer Arresthypothek ist nicht etwa ihre vorgängige Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek, sondern nur vollstreckbares Urteil für die persönliche Forderung nötig.

§ 16. 1. ElsLothNotZ. **06** 15 (Colmar). Trotz Vorhandenseins einer vor 1. 1. 00 errichteten notariellen Hypothekbestellung ist gegen einen neuen Eigentümer des Pfandgrundstücks, der nicht persönlicher Schuldner ist, nach den Bestimmungen der ZPO. §§ 724, 750, 794, 795 die Erwirkung einer neuen Vollstreckungsklausel Voraussetzung für den Beginn der ZwVollstreckung.

2. NaumburgAK. **06** 75 (KG.). Wenn auch die vom Vater namens des Kindes in einer Schuldurkunde erklärte Unterwerfung unter die ZwVollstreckung auch eine solche in unbewegliches Vermögen des Kindes herbeiführen kann, bedarf jene Erklärung des Vaters an sich doch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht (s. §§ 1643, 1821 Ziff. 1 und 2 BGB.).

3. Menzel, R. **06** 1127, ist im Anschluß an eine landgerichtliche Entscheidung der Meinung, daß der absonderungsberechtigte Gläubiger, wenn er nicht wenigstens eine schon vor der Konkurseröffnung erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Hypothekurkunde gegen den Gemeinschuldner in Händen hat, sich eine solche gegen den Konkursverwalter gemäß §§ 794 Ziff. 5, 727 ZPO. behufs Einleitung der ZwVersteigerung oder ZwVerw. verschaffen muß. ➠ Dies fordert OLG. **13** 102 (Cassel) ganz allgemein. AM. aber OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **06** 80. Red. ⟵

4. OLG. **12** 146 (KG.). Wenn auch bei Zusammenschreiben die mehreren Grundstücke durch die Vereinigung zu Teilen des Gesamtgrundstücks werden und sie im Grundbuch unter einer Nummer im Bestandsverzeichnis zusammenzuschreiben

sind (vgl. §§ 3 Ziff. 1, 8 Abs. 1 PrAJMinVf.), so behalten sie doch mit Rücksicht auf ihre verschiedene Belastung ihre Selbständigkeit, soweit dies die Geltendmachung der Rechte aus der Sonderbelastung erfordert, und es sind daher die z. Z. der Vereinigung eingetragenen oder sonst etwa vorhandenen Realberechtigten befugt, aus den nunmehrigen vollen Teilen des Gesamtgrundstücks ebenso Befriedigung zu suchen, wie wenn sie noch selbständige Grundstücke wären. Allerdings kann nach der Zusammenschreibung das Gesamtgrundstück im ganzen belastet werden, trotzdem können die Sonderberechtigten die ZwVersteigerung nur der ihnen haftenden Teile betreiben und wenn die späteren Gesamthypothekare subhastieren lassen, sind im Versteigerungsverfahren die verschieden belasteten Teile so zu behandeln, wie wenn das Verfahren mehrere selbständige Grundstücke zum Gegenstand hätte. Vgl. auch § 1 Ziff. 3.

5. H. Meyer, BuschsZ. **35** 229, wendet sich gegen die von Gaupp-Stein, Fuchs u. a. vertretene Ansicht, daß ein auf Zahlung an einen Dritten gehender Schuldtitel nach § 887 ZPO. zu vollstrecken sei. Fuchs beharrt dagegen ebendas. **36** 155 auf seiner Meinung und begründet sie wiederholt. ➳ JDR. **4** § 117, wo es versehentlich Biermann statt Meyer heißt, wird hiermit berichtigt. Red. ⇜

6. RheinNotZ. **06** 55 (landg. Beschluß). Wenn der Vollstreckungstitel formell in Ordnung ist, muß der Vollstreckungsrichter trotz materiell-rechtlicher Bedenken die ZwVersteigerung anordnen.

7. Siber, JheringsJ. **50** 54, behandelt in seinem Aufsatz „Zur Theorie von Schuld und Haftung" auch die rechtliche Natur der ZwVersteigerung insbesondere auch auf Grund von Grundstückspfandrechten. S. zu § 92 Ziff. 2.

8. Über Grundstücksbegriff § 1, Vollstreckungstitel § 10 Ziff. 6, 7.

§ 17. 1. BayObLG. **6** 714, SeuffBl. **06** 482, DJZ. **06** 715. Die Eintragung der ZwVersteigerung in das Grundbuch setzt nach § 48 GBO. trotz der Vermutung des § 742 BGB., wenn das Grundstück von mehreren gemeinschaftlich erworben ist, voraus, daß im Grundbuch die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben sind oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet ist. Die in dieser Beziehung erforderliche Ergänzung der Eintragung der Eigentümer kann nicht auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts im Sinne des § 39 GBO. erfolgen. ➳ Dagegen für altes bayer. Recht Dennler, BayRpflZ. **06** 458. Derselbe weist in BayNotZ. **06** 171 auf Ausnahmen (bei Gesellschaften gesamter Hand hin). Red. ⇜

2. BayRpflZ. **06** 128. In Bayern sind Notariate und Gerichte angewiesen, die zur Ermöglichung der Eintragung der Eigentumsbruchteile und der ZwVersteigerung in solche erforderlichen Urkunden dem Grundbuchbeamten gegebenenfalls zu überlassen.

3. BadRpr. **06** 234 (LG. Mannheim). Das im § 17 benannte Zeugnis kann in Baden durch eine beglaubigte Abschrift des Grundbuchheftes ersetzt werden.

4. BayRpflZ. **06** 346 (LG. München I). Gegen den nach früherem bay. Hypothekenrecht nur vorgemerkten Eigentümer ist Einleitung der ZwVersteigerung oder ZwVerw. nicht zulässig, wohl aber gegen den neben ihm noch eingetragenen Eigentümer trotz der erwähnten Vormerkung des anderen und trotz des § 28.

5. DJZ. **06** 776 (Karlsruhe). Macht der Anfechtungsbeklagte mit Recht Aufwendungen in das zurückzugewährende Grundstück geltend, so hat der Ausgleich so zu geschehen, daß der Verurteilung des Beklagten, zur Befriedigung des Klägers für seine Forderung die ZwVollstreckung in das Grundstück geschehen zu lassen, hinzugesetzt wird: „Aus dem Erlös ist jedoch der Beklagte mit einem Anspruch von . . . M. vor dem Kläger zu befriedigen". ➳ Unbeschadet wohl

vorgängiger Realberechtigungen des Klägers. Vgl. auch JDR. 3 u. 4 § 17. Red. ←

6. PosMschr. 06 156 (Posen). Gegen einen Grundstücksmiteigentümer zur gesamten Hand (z. B. einen Miterben) ist die ZwVersteigerung unzulässig. Den Miteigentümern steht ein die Veräußerung des Grundstücks hinderndes Recht zu.

7. Vgl. auch zu § 19.

§ 18. SächsOLG. 26 298 (Dresden). Die §§ 18, 112 sind entsprechend anzuwenden, wenn mehrere ideelle Anteile eines Grundstücks in demselben Verfahren zwangsweise versteigert werden. Daraus folgt weiter die entsprechende Anwendbarkeit des § 122 für den vorausgesetzten Fall.

§ 19. BadRpr. 06 182 (Karlsruhe). Das Grundbuchamt hat die gegen den Erblasser ergangene und ihm zugestellte ZwVersteigerungs-Anordnung nach dessen Tode auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts auch dann im Grundbuch einzutragen, wenn dessen Erben noch nicht daselbst als Eigentümer eingetragen sind.

§ 20. Vorbemerkung: Der Inhalt des § 20 steht mit dem des § 37 in engem Zusammenhang. Es empfahl sich, die zahlreichen Veröffentlichungen über die äußerliche Behandlung des Zubehörs in der ZwVersteigerung bei § 37 zu vereinigen und hier nur Allgemeineres über Bestandteil und Zubehör zu bringen. Freilich muß hierbei zur Vermeidung von Wiederholungen vor allem auf die §§ 93 ff., 97 ff., 1120 BGB. und die dort erörterten Streitfragen verwiesen werden.

1. → **RG.** 9. 7. 06 erkennt abermals die Zulässigkeit einer Klage des Hypothekgläubigers auf Feststellung der Bestandteilseigenschaft einer Maschine bei schwebendem ZwVVerfahren an. Red. ← Vgl. JDR. 3 § 20 Ziff. 1.

2. **RG.** JW. 06 541 beharrt bei der bisherigen dahingehenden Rechtsprechung — vgl. **RG.** 62 406, 410 —, daß Maschinen wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes sein *können*, nimmt dies auch im Falle der Verkleidung des Maschinenverkaufs in einen Mietvertrag trotz § 95 Satz 1 BGB. an und weist den weiteren Einwand, daß der vermietende Maschinenlieferant wenigstens ein Wegnahmerecht und einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger-Ersteher habe, mit der Begründung zurück, daß das genannte, nach Mietvertrag und nach §§ 951 und 997 BGB. zustehende Wegnahme- und Konditionsrecht als bloßes persönliches Recht gegen den Mieter dem nach §§ 1120, 946 BGB. dinglich berechtigten und nur mittelbar bereicherten Hypothekgläubiger gegenüber nicht geltend gemacht werden könne, am allerwenigsten nach erfolgter Beschlagnahme des Fabrikgrundstücks zum Zwecke der ZwV.

3. **RG.** JW. 06 557, DJZ. 06 1150 wies die Klage des Hypothekgläubigers gegen den Konkursverwalter auf Zahlung von Versicherungsgeldern, die dieser *vor* Grundstücksbeschlagnahme für verbrannte Maschinen eingenommen hatte, mit folgender Begründung ab: Waren die Maschinen *Bestandteile* des Grundstücks, so ist dem Hypothekgläubiger gegenüber die ihm nicht angezeigte Auszahlung an den Konkursverwalter nach § 1128 BGB. unwirksam gewesen und besteht für ihn ein Anspruch etwa gegen den Versicherer, aber nicht gegen den Konkursverwalter. Waren die Maschinen aber bloßes *Zubehör*, so war der Konkursverwalter nach §§ 1129 mit 1128 Abs. 1 BGB. und 117 KO. zur Empfangnahme jener Gelder berechtigt und verpflichtet und kann er weder wegen Stellvertretung noch wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder arglistiger Handlung zur Herauszahlung verurteilt werden. Der **RG.** 42 85 behandelte Fall war ein anderer. Die Voraussetzungen des § 127 KO. liegen im jetzigen Falle nicht vor.

4. → **RG.** 23. 5. 06. Der Hypothekgläubiger erleidet keinen Schaden durch die vor Beschlagnahme erfolgte Wegschaffung zum Teil schon eingefügter Tischlerarbeiten

aus dem verpfändeten Neubau, wenn zwar der spätere Versteigerungserlös seine Hypothek nicht deckt, der Ersteher ihm aber in der allseitigen und richtigen Annahme, daß der Wert des Grundstücks diesen Erlös überschreite, eine im voraus versprochene, ihn vollständig befriedigende neue Hypothek eintragen ließ. Die Schadensklage des Hypothekgläubigers gegen den Tischler, der die Sachen entfernt hatte, war daher abzuweisen. Red. ←≪ Vgl. § 85 Ziff. 4.

5. **RG.** BayRpflZ. **06** 316, ZBlFG. **7** 302. Es entspricht freilich dem ZVG. nicht, daß eine angeblich im Eigentum eines Dritten stehende Sache (Sauggasmaschine), über deren Zubehör- oder Bestandteileigenschaft gestritten wird und hinsichtlich deren die ZwV. einstweilen eingestellt ist, bedingt als bestrittene Sache dem Ersteher mitzugeschlagen wird. Ist dies aber einmal rechtskräftig geschehen, so muß die Freigabeklage des angeblichen Sacheigentümers gegen den durch das Versteigerungsergebnis voll befriedigten betreibenden Gläubiger, der nicht zugleich Ersteher ist, abgewiesen werden, da nicht mehr er, sondern nur der Ersteher passiv legitimiert ist. Vgl. § 37[5] Ziff. 5.

6. Altmann, BayRpflZ. **06** 395. Von der Beschlagnahme werden nicht ergriffen: a) Zubehörstücke, soweit sie nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind (§ 1120 BGB.). b) Zubehörstücke, die vor der Beschlagnahme veräußert und von dem Grundstücke entfernt sind (§ 1121 BGB.). c) Zubehörstücke, die vor der Beschlagnahme veräußert und erst nach der Beschlagnahme von dem Erwerber entfernt worden sind, sofern letzterer bei der Entfernung in gutem Glauben war, d. h. von der Beschlagnahme nichts gewußt hat (s. § 1121 Abs. 2 BGB.). d) Zubehörstücke auch ohne Veräußerung, wenn ihre Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme und in Gemäßheit der §§ 23, 24 auch nach der Beschlagnahme aufgehoben wird (§ 1122 Abs. 2 BGB.). ≫→ Hierbei wird aber immer § 37 Ziff. 5 zu beachten sein. Red. ←≪.

7. Wimpfheimer, ABürgR. **29** 84. Den Ausführungen in Kohlers Lehrb. d. b. R. 475/476 wird gegen OLG. Rostock, DJZ. **05** 223 (JDR. **4** § 20 Ziff. 7), darin beizutreten sein, daß ein Gegenstand (zu ideellen Anteilen) Zubehör mehrerer Grundstücke sein kann. Dann kann der eine Grundstückseigentümer oder sein Zwangsverwalter der Pfändung des Zubehörstücks für Gläubiger des anderen wirksam entgegentreten.

8. Vgl. im allgemeinen §§ 37, 55, 65 und 148 Ziff. 4, 91 Ziff. 2, über Schiffe als Zubehör § 162.

§ 21. 1. Bunsen, ABürgR. **29** 11, bespricht die nicht „getrennten Erzeugnisse im Rechtsverkehr" und führt (35) unter anderem aus: „Da nach § 21 Abs. 3 das Recht des Pächters von der Beschlagnahme nicht berührt wird, so können dem Pächter auch noch nach der Beschlagnahme des Grundstücks die von seinem Pachtrecht ergriffenen Früchte abgepfändet werden".

2. Über Miet- und Pachtzinse s. §§ 57, 146, 148, bay. Übergangszeit § 1 Ziff. 1 EGZVG.

§ 27. Beitritt zur TeilungsZwV. s. § 180 Ziff. 5 u. 6. Beitritt erst im Termin s. § 43.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

Zu §§ 28 ff. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Das Prozeßgericht ordnet nicht unmittelbar die Einstellung des „Versteigerungsverfahrens" an, sondern nur die Einstellung der „Zwangsvollstreckung". Sein Beschluß ist dann eine Anordnung im Sinne des § 775 Ziff. 1, 2 ZPO. Wird er in Ausfertigung vorgelegt, so hat nun erst das Vollstreckungsgericht in Ausführung des

Beschlusses als Vollstreckungsorgan die von ihm betriebene Zwangsvollstreckungsmaßregel einzustellen oder zu beschränken (ZPO. § 775). Es muß aber der Anordnung des Prozeßrichters nachkommen (607). — Streit herrscht über die Behandlung von Zubehörstücken, die ein Dritter für sich beansprucht. Nach der überwiegenden Meinung ist das Versteigerungsverfahren nur in betreff des streitigen Beilasses einzustellen, im übrigen aber fortzusetzen. Das Grundstück wäre dann ohne das Zubehör zu versteigern und dem Ersteher zuzuschlagen. Wird später die Widerspruchsklage des Dritten abgewiesen, so ist das, nun als Überrest der Grundstücksmasse erscheinende, Zubehör nachträglich besonders zu versteigern. Levis (Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bei Streit über das Eigentum an Zubehörstücken, BuschsZ. 35 87) meint dagegen, es müsse bei einem solchen Widerspruche gegen die Mitversteigerung von Zubehör stets das ganze Verfahren eingestellt werden, weil eine Versteigerung des Grundstücks ohne das Zubehör leicht zu einer Verschlechterung des Erlöses führe. Notwendig erscheint dies jedoch nicht. Das Vollstreckungsgericht wird vielmehr nach den Umständen zu ermessen haben, ob es das Verfahren auf die unstreitigen Stücke der Grundstücksmasse „beschränken" oder, weil es beim Ausschlusse der streitigen Stücke nur ein ungünstiges Ergebnis erwartet, im ganzen „einstellen" will (ZPO. § 775). — Eine andere Streitfrage betrifft die Haftung des nicht mitversteigerten Zubehörs für die Hypotheken. Eccius (GruchotsBeitr. 48 470 ff.) meint, daß die Hypothek an den beweglichen Zubehörstücken nicht fortbestehen könne, nachdem sie am Grundstücke durch den Zuschlag erloschen sei (ZVG. § 91); zustimmend OLG. 11 137 (Cassel). Das RG. 55 415 nimmt dagegen an, daß die Haftung fortdauert und daß die Hypothekengläubiger daher wegen ihres Ausfalls die Vollstreckung in das Zubehör betreiben können. Das RG. läßt dabei unentschieden, ob diese nachträgliche Vollstreckung in den Formen des Liegenschafts- oder des Fahrnisverfahrens stattfinde. Die einfachste Lösung wäre wohl, daß das Vollstreckungsgericht in einem Nachtragsverfahren die Verwertung von Amts wegen vornimmt und den Erlös nachträglich an die im Teilungsplan aufgeführten Berechtigten verteilt. Dieser Weg wird durch ZVG. § 65 gewiesen: es kann „auf Antrag" die besondere Versteigerungsbedingung gestellt werden, daß die streitigen Sachen von der Versteigerung des Grundstücks ausgeschlossen und besonders versteigert werden sollen. Der durch die besondere Verwertung erzielte Erlös gehört dann nach ZVG. § 107 mit zur Teilungsmasse, er ist entweder im Hauptteilungsplan mit zu berücksichtigen oder in einem Nachtragsplane zu verteilen. Bei diesem Verfahren führt auch das von Eccius angenommene Erlöschen der Hypothek an den mithaftenden Sachen nicht zu Schwierigkeiten, denn an Stelle der erlöschenden Hypothek tritt jedenfalls das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse (RG. 55 260, 60 253). Bedeutsam wird jedoch die Streitfrage, wenn die nachträgliche Verwertung der streitigen Sachen nicht vorbehalten und das Zwangsversteigerungsverfahren endgültig aufgehoben ist. Dann ist die schwebende Vollstreckungsmaßregel beendigt und die Beschlagnahme erloschen. Es wäre dann nur eine neue Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels zulässig, und zwar nach den Vorschriften des Fahrnisrechts, wenn man annimmt, daß die Zubehöreigenschaft nun erloschen ist (607 ff.).

§ 28. Besitz kein Hindernis § 17 Ziff. 4, § 37[5] Ziff. 1. Gesamte Hand § 17 Ziff. 6. Obereigentum § 91 Ziff. 6. Fälle der Aufhebung und Einstellung s. § 37 und § 55 Ziff. 4 u. 5.

§ 29. Aufhebung der ZwV. in Zubehör s. §§ 37 u. 55. Zuschlagsvertagung § 87 Ziff. 1.

§ 31. Fortsetzung vgl. § 55 Ziff. 5.

§ 33. Zuschlagsvertagung § 87 Ziff. 1. Zuschlagsverweigerung wegen freigegebener Sachen § 37[5] Ziff. 7.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

Vorbemerkung: Die vielfache eingehende Beschäftigung mit § 37 Ziff. 5 hat ihren Grund in der häufig vorkommenden Verbindung, in die wertvolle, noch unbezahlte bewegliche Sachen Dritter mit Grundstücken gebracht werden. Soweit solche Sachen, z. B. Fabrikmaschinen, wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden sind, gibt die strenge, wenn auch vielfach heftig bekämpfte Rechtsprechung des RG. gewöhnlich keine Möglichkeit, sie auf Grund Eigentumsvorbehalts, bloßer Vermietung u. dgl. von der Haftung für die auf dem Grundstück lastenden Realberechtigungen nach Beschlagnahme zu befreien. Tunlichste Sicherung können sich deren Verkäufer z. Zt. nur auf dem Wege der Hypothekbestellung zu ihren Gunsten verschaffen (vgl. HoldheimsMSchr. **06** 297). Jene fremden Sachen jedoch, die nicht wesentliche Bestandteile geworden sind, sondern nur an sich Zubehör, können mittels freiwilliger Einigung aller Beteiligten oder durch Prozeßführung aus der ZwV. endgültig herausgenommen werden. Erste Voraussetzung hierfür ist aber nach § 37 Ziff. 5 Erwirkung der Aufhebung oder einstweiligen Einstellung der ZwV. in sie, ohne welche sie mitversteigert und zugeschlagen werden, so daß dem bisherigen Eigentümer nur der zweifelhafte Anspruch des Wertsersatzes aus der Masse verbleibt.

Dies ist im wesentlichen der Hauptinhalt der Ausführungen und Entscheidungen u. zu § 37 Ziff. 5.

§ 37. I. Ziff. 1. Über Grundstücksbegriff 2c. s. zu § 1 u. § 16 Ziff. 4.

II. Ziff. 3. Meyn, SächsRpflA. **06** 147, tritt der Meinung Kretzschmars darin bei, daß in der Terminsbestimmung die Angabe des Grundes der ZwV., in besonderen Fällen die Angabe, ob sie auf „Antrag des Konkursverwalters", „der Erben", „zum Zwecke der Gemeinschaftsaufhebung" geschieht, notwendig ist.

III. Ziff. 4. Personenwechsel s. § 66 Ziff. 1. Anliegerbeiträge § 10 Ziff. 11.

IV. Ziff. 5. 1. SeuffA. **61** 298, BraunschwZ. **06** 132 (Braunschweig). Ein Fabrikdirektor W. als Erbauer eines Wohnhauses auf dem ihm nicht gehörigen zwangsversteigerten Fabrikgrundstück meldete vergeblich nach § 37 17000 M. Baukosten zwecks Berücksichtigung im geringsten Gebot an. Seiner Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß wurde zwar vom Landgericht stattgegeben, aber auf Beschwerde des Erstehers und eines anderen betreibenden Gläubigers hob das OLG. Braunschweig diesen Beschluß auf, weil nach Vertragsauslegung W. das volle Risiko für die Baukosten übernommen habe und ihm kein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 mit §§ 273, 274, 994, 996 BGB. zustehe. Sein (prekaristischer) Besitz an dem vom Hause eingenommenen Grundstücksteil berechtige ihn nicht, der ZwV. des Grundstücks zu widersprechen und es könne dahingestellt bleiben, ob die von Jaeckel, Durchholz 2c. vertretene Ansicht richtig sei, daß nicht einmal der Eigenbesitzer widersprechen könne.

2. RG. JW. **06** 556, RheinA. **103** 266. Möglich ist es zwar, daß Sachen eines Dritten, wenn deren Eigentümer seine Rechte nicht geltend macht, kraft der für den Grundstückseigentümer nach § 1006 BGB. streitenden Eigentumsvermutung als der Hypothek unterworfen erscheinen und demgemäß auch im ZwV. Verfahren behandelt werden (§§ 37 Ziff. 5, 55 Abs. 2, RG. **49** 253, Gruchots Beitr. **46** 1035). Wird aber die Eigentumsverschiedenheit geltend gemacht — und hierfür sind außerhalb des ZwVVerfahrens bestimmte Formen und Fristen nicht vorgeschrieben —, so ist es unmöglich, die fremde Sache als Gegenstand der Hypothek zu behandeln, auch wenn ihr Eigentümer damit einverstanden ist. ➸ Dieser Rechtssatz bezeichnet aufs neue willkürliche Zubehörerklärung als unzulässig. Er wurde hier zwar nur bei Abweisung der Interventionsklage des Hypothekgläubigers gegen die Mobiliarpfändung angewendet, trifft aber wohl

auch dann zu, wenn der Dritte, der früher zur Zubehörerklärung seiner Sachen zugestimmt hat, im ZwVVerfahren Widerspruch nach § 37 Ziff. 5 erhebt. Red. ←

3. ZBlFG. **7** 38 (Dresden). Nach §§ 951 Abs. 2 Satz 2, 946, 947 gegen § 997 Abs. 1 BGB. stand das Recht zur Wegnahme der als wesentlicher Bestandteil zu erachtenden elektrischen Kraft- und Lichtanlage allerdings der Klägerin zu. Aber es war (nach dem Verlust ihres Eigentums) kein dingliches, sondern nur ein rein obligatorisches Recht zur Wegnahme oder zur Gestattung der Wegnahme, und es richtete sich keinesfalls, wie Kretzschmar annimmt, gegen den Beklagten und zwar weder als Ersteher noch als Hypothekgläubiger. Daher ist die Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Erlös der ZwV. mit Recht vom LG. zurückgewiesen worden.

4. SächsOLG. **27** 475. Nach ZwV. eines Grundstücks und gar nach Verteilung des Erlöses ist kein Raum mehr für Einstellung der Zwangsvollstreckung in Schankwirtschaftsinventar und für Beschwerde wegen deren Versagung. Übrigens hing die Frage, ob die Sachen von der Beschlagnahme und der ZwV. erfaßt wurden, nicht von der Auffassung des Versteigerungsgerichts, sondern von den gesetzlichen Vorschriften im § 20 Abs. 2 verbunden mit §§ 1121, 1122, 97, 98 BGB. ab.

5. BraunschwZ. **06** 126 (Braunschweig). a) Eine im subhastierten Hause des Ehemanns befindliche angeblich der Ehefrau gehörige Ladeneinrichtung geht dann als Zubehör auf den Ersteher mit über, wenn der Ehemann durch Vermietung des Ladengeschäfts nebst Einrichtung seinen mittelbaren Besitz an letzterer bekundet hat. → Ähnlich § 55 Ziff. 2. Red. ← b) Die Aufnahme des Satzes in die Versteigerungsbedingungen, daß der Ersteher sich dem Ausfall des schon schwebenden Interventionsprozesses über Zubehör unterwerfen müsse, schützt den Interventionskläger nicht gegen Eigentumserwerb des Erstehers am Zubehör. Vgl. § 20 Ziff. 5.

6. *Serini, BayRpflZ. **06** 51, stellt für eine auf das später zwangsweise versteigerte Grundstück mit Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache (Einrichtung) die Gesichtspunkte zusammen, die im ZwVVerfahren vom Verkäufer der Einrichtung zur Wahrung seiner Rechte zu beachten sind, je nachdem man die Einrichtung als wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteil oder als Zubehör oder nicht einmal als Zubehör aufzufassen hat. → Hervorzuheben dürfte sein, daß der Verf. selten vorkommende unwesentliche Bestandteile wie Zubehör behandelt wissen und auf Herausgabe einer Einrichtung, die nicht einmal Zubehöreigenschaften hat, trotz Unterlassung des Antrags nach § 37 Ziff. 5 die Eigentumsklage geben will. Red. ←

7. v. d. Pfordten, BayRpflZ. **06** 89 (R. **06** 831), gelangt, sich anschließend an Serinis Untersuchungen, u. a. zu folgenden Sätzen: a) Da fremde bewegliche Sachen zwar vom Zuschlag (§ 55 Abs. 2), aber nicht von der Beschlagnahme (§ 20 Abs. 2, § 23 Satz 1) betroffen werden, so kann sie der Dritteigentümer vor Zuschlag entfernen und etwaige Klage des künftigen Erstehers abwarten, sofern er nicht sonstige Verwickelungen fürchtet. b) Nach der herrschenden Meinung gegen Herold, Levis (JDR. **2** § 55[6], **4** § 55[1]) ist auch Einstellung des Verfahrens nur in die einzelne Sache zulässig (§ 59, 65). c) Wenn auch vielleicht nicht die nach § 31 Abs. 2 meist entbehrliche Aufhebung, so kann doch die einstweilige Einstellung des ZwVVerfahrens in bewegliches Zubehör auf ausdrückliche und bestimmte Bewilligung des betreibenden Gläubigers allein durch Beschluß des ZwVRichters unter genauer Bezeichnung der Sachen vor Beginn des Bietens ausgesprochen werden. d) Die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers kann α. auch nach Beginn des Bietens, ja sogar β. nach

dessen Beendigung noch beigebracht werden. Im Falle α muß mit dem Bieten neu begonnen werden, im Falle β ist der Zuschlag nach § 33 ganz zu versagen, was als Einstellungsbeschluß nach § 86 wirkt. § 56 steht nicht entgegen. Vgl. abw. zu § 56.

8. Lindemann, BayRpflZ. 06 205 (R. 06 833), bekämpft vorstehende Sätze v. d. Pfordtens (b, c, d), hält also Zubehörfreigabe durch den betreibenden Gläubiger nicht für genügend zur teilweisen Einstellung, hierfür vielmehr immer noch, selbst gegen den freigebenden betreibenden Gläubiger, Widerspruchsprozeß als geboten (s. § 55 Ziff. 4 u. 5). In PosMschr. 06 1 schlägt er aber vor, daß das Vollstreckungsgericht in Fällen, wo ein die Unzulässigkeit der ZwV. in das Zubehörstück aussprechendes Urteil wegen dessen Freigabe sicher zu erwarten ist, in allerdings weitgehender Anwendung des § 65 die gesonderte Versteigerung des Gegenstandes anordnet. Dann könnte die nachträgliche Versteigerung des Gegenstandes nur auf besonderen, binnen 6 Monaten zu stellenden, Antrag des betreibenden Gläubigers erfolgen, während der andere Ausweg des § 769 Abs. 2 ZPO. nur eine zeitlich beschränkte Wirkung habe.

9. Herold, BayRpflZ. 06 214, bekämpft gleichfalls v. d. Pfordtens Ausführungen und beharrt auf seiner oben (Ziff. 7) erwähnten, im ZBlFG. 4 287, 299 dargelegten Ansicht.

10. Altmann, BayRpflZ. 06 395. Zu den der Versteigerung entgegenstehenden Rechten gehören auch die Rechte, welche einem Dritten an dem Grundstücke oder an einem mitzuversteigernden Gegenstand, z. B. beweglichem Zubehör, zustehen.

11. *Hüttner, ZBlFG. 7 5. Ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht ist das Wegnahmerecht des § 951 Abs. 2 Satz 2 BGB. — Der mit seinem entgegenstehenden Rechte Ausgeschlossene kann nicht unter allen Umständen Ersatz des vollen Wertes des ersteigerten Gegenstandes verlangen. Nach Verteilung des Erlöses an die Realberechtigten hat er noch einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. ⇻ Hüttner gibt an bezeichneter Stelle ins Einzelne gehende Anweisungen für das Widerspruchsverfahren. Hervorzuheben daraus ist folgendes: er hält ähnlich wie v. d. Pfordten oben den Antrag auf Einstellung des Verfahrens in einzelne Gegenstände noch bis zum Beschluß über den Zuschlag (nachher nicht mehr) für möglich und die Freigabeerklärung der betreibenden Gläubiger für genügenden Ersatz eines Urteils. Den im Verteilungsverfahren anzumeldenden Erlösanspruch des nach § 37 Ziff. 5 nicht widersprechenden Eigentümers will er bei Sonderversteigerung des Gegenstandes nach deren Ergebnis, bei wertentsprechender oder höherer Gesamtversteigerung ganz nach Sachwert (keinesfalls höher), bei Gesamtversteigerung unter Wert nur verhältnismäßig zugesprochen wissen. Die von ihm erwähnte Bereicherungsklage gibt er nur dem, der auch die Anmeldung zum Verteilungsverfahren versäumt hat (nicht etwa auch dem Anmeldenden für seinen Ausfall). Mit Kretzschmar nimmt Hüttner ein Wegnahmerecht auch bei wesentlichen Bestandteilen an. Dem steht aber §§ 946, 1121 Abs. 1 BGB. entgegen. Vgl. o. Ziff. 3 u. § 20 Ziff. 2. Red. ⇷

12. Koch, BayRpflZ. 06 329. Der Dritte, der Anspruch auf den Erlös nach § 37 Ziff. 5 erhebt, ist Beteiligter nach § 9 und muß daher sein Recht auf Verlangen glaubhaft machen. Sein Anspruch geht allen anderen im § 10 aufgeführten Rechten vor. Mit Reinhard gegen Jaeckel und andere ist anzunehmen, daß auf ihn nicht etwa bloß die nachweisbare Erhöhung des Gesamterlöses, sondern ein verhältnismäßiger Erlösanteil trifft. Der so berechtigte Dritte muß seinen Anspruch nach § 114 zum gerichtlichen Verteilungsverfahren anmelden. Bei außergerichtlicher Teilung nach § 144, die sich in derlei Fällen

nicht empfiehlt, könnte höchstens der Nachweis, daß der aussonderungsberechtigte Dritte widerspruchslos befriedigt sei, dem ZwVRichter genügen.

13. PosMschr. **06** 176 (Posen). Ein die Zwangsvollstreckung in Grundstückszubehör einstellender Beschluß des Prozeßgerichts bindet den ZwVRichter. Der gegen diesen Beschluß verstoßende Zuschlag ist in vollem Umfang unzulässig, er kann nicht mit einer entsprechenden Einschränkung aufrecht erhalten werden, wenn der Ersteher nachträglich auf jenes Zubehör verzichtet.

14. Vgl. im allgemeinen §§ 20, 55, 65, 91 Ziff. 2, 28ff., über Zubehör bei Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 1, Zurückbehaltungsrecht § 92 Ziff. 3, Verwendungen und Besitz § 93.

§ 43. OLG. **13** 11 (Cassel). Die nicht ordnungsmäßige Zustellung des Beschlagnahme- oder Beitrittsbeschlusses an den Schuldner ist Grund für Aufhebung des Versteigerungstermins und des Zuschlags. Die Ersatzzustellung des § 6 ist hierbei nach § 8 ausgeschlossen. Wenn der Beitritt eines Gläubigers im ZwVTermin selbst erklärt und zugelassen wurde, so müßte Genehmigung des Schuldners hierzu nachgewiesen werden, die jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn er ausdrücklich erklärt hat, daß er mit der Entscheidung des Amtsgerichts nicht einverstanden sei.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. *Meyn, SächsRpflA. **06** 145. Wenn das Verfahren wegen mehrerer Ansprüche im verschiedenen Range betrieben wird und der Beschluß wegen des vorgehenden Anspruchs dem Schuldner später als zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin zugestellt ist, so ist, um in Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 44 Abs. 2, den vorgehenden Anspruch dem gerinsten Gebote zugrunde zu legen, die Zustimmung des Schuldners allein nicht ausreichend, sondern es bedarf noch derjenigen der beteiligten zwischenberechtigten Realgläubiger; denn die Vorschrift des § 44 Abs. 2 ist nicht allein zum Schutze des Schuldners getroffen, sondern dient auch, wie die Vorstadien der Bestimmung zeigen, den Interessen der Zwischenberechtigten. Sollte nicht auch die Zustimmung des betreibenden Gläubigers erforderlich sein, da er insofern bei der Bemessung des geringsten Gebots interessiert ist, als die Höhe des ihn ganz oder teilweise deckenden Meistgebots in vielen Fällen durch die Höhe des Bargebots bedingt wird, die davon abhängt, ob das geringste Gebot nach Maßgabe des einen oder anderen Anspruchs festgesetzt wird?

2. SächsRpflA. **06** 192 und 193. Zschoche und Schubarth besprechen verwickelte Rangänderungen an Zahlenbeispielen. Schubarth behandelt auch die Anwendung des § 44 hierbei und gelangt zu dem Schlusse, daß das Prinzip des „Stellenaustausches" zu Folgen führt, die nicht nur dem Willen der Beteiligten völlig widersprechen, sondern überdies höchst ungerecht sind, und daß allein der Grundsatz vorzugsweiser Befriedigung aus dem Vollstreckungserlöse zufriedenstellende Ergebnisse liefert. Gegen Schubarth wider Vogel das. 287.

3. HessRspr. **7** 13 (LG. Darmstadt). Bei mehreren betreibenden Gläubigern ist das geringste Gebot nach dem Antrage desjenigen zu bestimmen, der mit seinem Range den übrigen vorgeht, einerlei, ob er erster betreibender Gläubiger oder erst beigetreten ist.

4. HessRspr. **7** 45 (LG. Darmstadt). Ein dem betreibenden Gläubiger vorgehendes hessisches Beisaßrecht eines Elternteils muß, wenn nicht die gesetzlichen Bedingungen geändert werden, bestehen bleiben. Auf ein Aus- und Meistgebot ohne Beisaßrecht ist der Zuschlag zu versagen. Ohne ausdrückliche Verurteilung des Beisaßberechtigten zum Rangrücktritt ändert weder ein gegen ihn auf Zahlung

der Forderung, noch ein auf Duldung der ZwVollstreckung gerichtetes Urteil an vorstehenden Sätzen etwas. Glaubhaftmachung der Vorrangseinräumung genügt nicht.

5. Über geringstes Gebot bei Beitreibung zedierter Hypothekzinsen s. § 12 Ziff. 1, bei Gesamthypothek § 64.

6. BayNotZ. **06** 183 (LG. Straubing). Der Zuschlag des allein zur ZwV. gebrachten Hälfteanteils des Grundstücks war aufzuheben, weil entgegen den §§ 44, 49 die angemeldete, dem betreibenden Gläubiger vorgehende Hypothek nur zur Hälfte als bestehen bleibendes Recht und die angemeldeten Zinsen- und Kostenansprüche daraus nicht im Bargebot berücksichtigt worden sind. Vgl. auch § 1 Ziff. 1 u. 2 und § 64 Ziff. 1.

§ 45. 1. Seitz, BayRpflZ. **06** 193, bespricht die künftige Behandlung bayerischer Nebenkautionen für nicht bevorzugte Zinsen und Kosten im ZwVVerfahren nach dem RGes. v. 17. 3. 06 und dem BayG. v. 15. 5. 06; er behandelt hierbei die Anmeldepflicht für Hypotheken, Höchstbetragshypotheken und Hypothekenzinsen überhaupt und gelangt zu folgenden Sätzen: a) Bayerische Nebenkautionen bedürfen trotz ihrer nur bedingt belastenden Eigenschaft weder für Feststellung des geringsten Gebots noch für die Erlösverteilung der Anmeldung, sie sind vielmehr auch ohne Anmeldung mit ihrem Höchstbetrage — im Verteilungsverfahren unter eventueller Verteilung — zu berücksichtigen, obschon praktisch die Anmeldepflicht für sie vorzuziehen wäre. b) Ist die Nebenkaution an sich im geringsten Gebote berücksichtigt und bei dessen Feststellung schon bekannt, daß sie nicht oder nicht ganz ausgefüllt ist, so bleibt sie zwar bestehen, kommt aber für den wahren Erwerbspreis und für die Gebührenbewertung nur soweit in Betracht, als sie ausgefüllt ist. Ist dagegen bei Feststellung des geringsten Gebots die Nichtausfüllung der Nebenkaution noch nicht bekannt, ergibt diese sich aber später, so tritt Zuzahlungspflicht des Erstehers nach § 50 ein, ohne daß aber der unausgefüllte Teil der Nebenkaution gelöscht wird. c) Bei Übernahme der unausgefüllten Nebenkaution nach § 91 durch den Ersteher ist Zustimmung des früheren Eigentümers nicht nötig, mindert sich aber auch die Schuld des Erstehers zur Masse um diesen Betrag nicht. d) Bis zur Entscheidung, inwieweit die Nebenkaution ausgefüllt ist, besteht Ungewißheit über den Zahlungs- und Anweisungsempfänger und ist daher der betreffende Betrag zu hinterlegen und bedingt zu überweisen. ⋙ Vgl. IDR. **4** Vorbem. vor § 50, auch u. § 50 Ziff. 2. Red. ⋘

2. BayRpflZ. **06** 232 behandelt die vorstehenden Fragen ebenfalls, hält praktische Verwickelungen durch sie dann für ausgeschlossen, wenn, wie anzunehmen, immer rechtzeitig angemeldet wird und der Notar auf solche Anmeldung und event. auf eine Versteigerungsbedingung hinwirkt, wonach die ganze Nebenkaution durch den Zuschlag erlöschen soll. Ähnlich sprach sich die Bay. IMinBek. v. 15. 5. 06 aus (BayRpflZ. **06** 252).

§ 48. 1. ⋙ **RG.** 8. 1. 06. Ohne Löschungsvormerkung erwirbt der Eigentümer in der Regel auch an einer nicht ausgefüllten Baugelderhypothek die Eigentümergrundschuld und ist er so in den Teilungsplan einzusetzen. Ihm selbst können etwaige (absichtlich nicht eingetragene) Verzichte in dieser Richtung vom zurückgetretenen Gläubiger entgegengesetzt werden, gewöhnlich aber nicht seinem Zessionar. Dieser wird dadurch, daß er etwa von den besprochenen Beschränkungen des Rangrücktritts wußte, nicht ohne weiteres bösgläubig und ist, wenn er bei der Übertragung den vollen Gegenwert gezahlt hat, auch nicht rechtlos bereichert. Red. ⋘ Vgl. § 115 Ziff. 1.

2. **RG.** BayRpflZ. **06** 271, R. **06** 749. Der Konkursverwalter kann eine Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners an Stelle des nicht ausge-

füllten Betrags einer Vorhypothek nicht zum Nachteil jener nachfolgenden Hypothekgläubiger geltend machen, die nur gegen einen — wenn auch nicht eingetragenen — Verzicht auf etwaige Eigentümerhypothek den Vorrang eingeräumt hatten. Ähnlich **RG. 59** 313 (JDR. 3 § 113 Ziff. 2) und **RG. 61** 37. Vgl. auch OLG. Stuttgart, ZBlFG. **6** 675 und unten § 114 Ziff. 1.

3. **RG.** BayRpflZ. **06** 272. Der (vorerwähnte) Verzicht auf Eigentümergrundschuld muß feststehen. Daraus, daß einer Baugelderhypothek der Vorrang eingeräumt ist, folgt er nicht ohne weiteres. Einen solchen Rechtssatz hat **RG. 61** 37 nicht aufgestellt. Daher konnte im gegebenen Falle, in dem der erwähnte Verzicht durch die Umstände widerlegt war, der Konkursverwalter als Zessionar des ursprünglichen Eigentümergrundschuldgläubigers die Eigentümergrundschuld zum Nachteil des im Rang zurückgetretenen Nachhypothekars liquidieren. Den weiteren Inhalt dieses Urteils, womit ein anderes Urteil des **RG.** v. 29. 12. 06 übereinstimmt, s. § 115 Ziff. 3.

4. **RG. 63** 152. Die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. kann auch zugunsten noch nicht eingetragener Rechte bewilligt werden, es ist aber Frage tatsächlicher Würdigung, ob dies gewollt war, ob z. B. nur die eben zurückgetretene Hypothek des Vormerkungsberechtigten oder ob auch seine späteren Nachhypotheken gegen Entstehung einer vorgängigen Eigentümerhypothek geschützt sein sollten. Der Erwerber solcher Nachhypotheken kann sich, wenn der Wortlaut der Vormerkung nicht für deren Schutz spricht, nicht auf den guten Glauben des Grundbuchs stützen; dieser schützt Mißverständnisse nicht, sondern gewährleistet nur das, was wirklich eingetragen ist. Aus diesen Gründen konnte der Vormerkungsberechtigte bei der Verteilung nur für seine geschützte Nachhypothek, nicht aber zugunsten seiner weiteren Nachhypotheken die Entstehung und Pfändung der vorgängigen Eigentümerhypothek verhindern.

5. du Chesne, SeuffBl. **06** 408. Die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs (nach §§ 883 Abs. 1, 1179 BGB.) wird infolge des Zuschlags nicht unmöglich, es bedarf also eines Rechtes auf den Erlös als Surrogat des vorgemerkten Anspruchs nicht. Ein solches Recht ist aber auch nicht gegeben, weil es voraussetzen würde, daß der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch sich in ein dingliches Recht verwandelt hätte. Um ein Recht auf den Erlös zu erlangen, bedarf es vielmehr der vorherigen Durchführung des vorgemerkten Anspruchs. Nur dem Zwecke, diese Durchführung zu sichern und dem Vorgemerkten damit die Möglichkeit zu geben, ein Recht auf den Erlös zu erlangen, dienen die Vorschriften der §§ 119, 120 ZVG.

6. OLG. **13** 6, PosMschr. **06** 79 (Königsberg). Die dem betreibenden Gläubiger nachgehende Auflassungsvormerkung bewirkt nur ein Recht auf den nach Befriedigung der vorgehenden Gläubiger übrig bleibenden Erlös. Die klagenden nachgehenden Hypothekgläubiger können weder compensando noch retinendo, noch sonstwie den Einwand erheben, daß der Kläger und Vormerkungsberechtigte noch einen Kaufgeldrest schulde und daß dieser für sie gepfändet und ihnen überwiesen sei.

7. Behandlung bedingter Rechte § 119, bay. Nebenkautionen § 45, Vormerkung nach § 1179 BGB. s. § 114 Ziff. 1.

§ 49. Bargebot bei ZwV. eines Anteils § 44 Ziff. 6, Einzahlung beim Notar EGZVG. § 13 Ziff. 2.

§ 50. 1. *Jaeckel GruchotsBeitr. **50** 596, bezweifelt, ob das RG. seine in **RG. 55** 260, **60** 251 ausgesprochenen Grundsätze über nicht valutierte Grundschulden aufrecht erhalten werde, er nähert sich der Oberneckschen Meinung, daß nach §§ 1168, 1163 BGB. der Anspruch des Eigentümers auf Verzicht des Gläubigers auf die nicht ausgefüllte Grundschuld ein Nachrücken

der nachfolgenden Hypothekgläubiger selbst dann ausschließe, wenn der Verzicht erst nach Erlöschen der Grundschuld durch Zuschlag erklärt worden ist. Die Entsch. **RG. 60** 251 wird ferner, wenn auch teilweise unter Anerkennung ihrer theoretischen Richtigkeit, bekämpft von Neumann, JW. **06** 153, Hachenburg, JDZ. **06** 297, Jacoby, SeuffBl. **06** 245 u. Hinsberg, DJZ. **06** 257; s. auch JDR. **4** § 50 Ziff. 2. Oberneck, GruchotsBeitr. **50** 574, glaubt, daß der Eigentümer des Grundstücks einen Anspruch auf Verzicht auf die nicht valutierte Grundschuld habe und daß durch Pfändung dieses Anspruchs mittelbar eine Eigentümergrundschuld und deren Pfändung erreicht werden könne. Ähnlich Nissen, JW. **06** 803, der die Entsch. **RG. 60** 251 wenigstens für praktisch zutreffend hält und eine wenn auch nur stillschweigend im Verteilungstermin erfolgende Abtretung des nicht valutierten Teiles durch den Gläubiger an den Eigentümer für nötig erachtet. Eccius endlich in GruchotsBeitr. **51** 162 schließt sich im Ergebnis, daß die Nachmänner nicht vorrücken, an Jaeckel an, billigt aber nicht die Annahme eines stillschweigenden Verzichts des nicht anmeldenden Gläubigers.

2. SeuffBl. **06** 233 geben den bay. Entwurf zu dem G. v. 15. 5. 06 betr. die Überleitung von Hypotheken (Nebenkautionen) nebst Motiven. Vgl. § 45 u. Obernecks Ausführungen in DNotV. **06** 194.

3. OLG. **12** 292 (Dresden). Nach sächsischem Rechte eingetragene Sicherungshypotheken für Kosten wandeln sich nicht in Eigentümerhypotheken um. Vgl. SächsOLG. **23** 165, **24** 259.

4. BadNotZ. **06** 90 (LG. Konstanz). Die alten badischen Kostenpfandrechte sind keine selbständigen Hypotheken und können deshalb nicht zu Eigentümerhypotheken werden. Dementgegen empfiehlt Bachelin das. 132 zur Abschneidung aller Zweifel, von dem RG. v. 17. 3. 06 auch für Baden durch Erlassung eines Ausführungsgesetzes Gebrauch zu machen.

5. SächsOLG. **27** 379. Es ist zweifelhaft, ob wegen Reallasten (Landeskulturrenten), die auf dem versteigerten Grundstück und zugleich auf anderen Grundstücken eingetragen sind, eine bedingte Zuteilung wie bei Gesamthypotheken erfolgen kann und ob sie bejahendenfalls in Kapitals- oder Rentenform zu geschehen hat. Jedenfalls darf keine Erhöhung des Meistgebots dadurch eintreten und keinesfalls können diese Fragen im Beschwerdeverfahren gegen den Teilungsplan endgültig ausgetragen werden.

6. Eigentümerhypothek des Konkursverwalters § 114 Ziff. 1, Sicherungshypothek § 115 Ziff. 16, Scheinhypothek § 115 Ziff. 17, Erlöschen durch frühere Subhastation § 125 Ziff. 2, Verhältnis der Erlöspfändung zur Pfändung der Eigentümerhypothek § 107 Ziff. 4 ff.

§ 51. SächsLandeskulturrenten § 50 Ziff. 5.

§ 52. 1. →→ **RG.** 30. 5. 06. Die Fälligkeit einer nach den Versteigerungsbedingungen stehen gebliebenen (Eigentümer-)Grundschuld des Subhastaten bemißt sich gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. nach dem Vertrage, auf dem sie beruht. Ist sie nach diesem noch nicht als fällig zu erachten, so kann der Ersteher dagegen mit seiner Ausfallforderung nicht aufrechnen und insolange nicht auf Grundbuchberichtigung (Löschung der Grundschuld) klagen. Red. ←←

2. KGJ. **31** B 31. Werden die mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in getrennten ZwVVerfahren unter der Bedingung zugeschlagen, daß die Hypothek auf jedem Grundstück in ganzer Höhe stehen bleibt, so ist nach Pr. GKG. § 127 u. PrStempStG. Tarifst. 32 Abs. 2 in jedem Verfahren der volle Betrag der Hypothek behufs Berechnung der Gebühren und der Stempel in das Meistgebot aufzunehmen.

3. Mertens, DJZ. 06 873. Der Ersteher eines Grundstücks in der ZwV. tritt nicht ohne weiteres in den Feuerversicherungsvertrag ein. Die Vorschrift des § 52 Abs. 1 bezieht sich nur auf Rechte an Grundstücken. Bloße persönliche Rechtsverhältnisse zwischen dem bisherigen Eigentümer und einem Dritten berühren an sich den Ersteher nicht, es sei denn, daß dies durch eine besondere Gesetzesbestimmung vorgeschrieben ist. — Der Versicherungsvertrag begründet nur obligatorische Beziehungen zwischen dem Versicherer und dem Versicherten. Die an eine private Versicherungsgesellschaft zu zahlenden Beiträge haben nicht den Charakter einer dinglichen oder gemeinen Last. Diesen Charakter haben nur die an öffentliche Versicherungsanstalten zu zahlenden Beträge. Die Verpflichtung zur Zahlung der letzteren geht auf den Ersteher auch dann über, wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt sind. Dagegen tritt der Ersteher an sich in keine rechtlichen Beziehungen zum privaten Versicherer, was bei freiwilliger Veräußerung des Grundstücks nach Art. 75 EGBGB., § 2163 II. 8 ALR. anders ist. Hier wird in dem Akte der Eigentumsübertragung an der versicherten Sache der Wille der Übertragung der laufenden Versicherung auf den Erwerber vermutet. Bei der ZwV. aber beruht der Erwerb des Erstehers nicht auf rechtsgeschäftlicher Übertragung, es kann also hier ein stillschweigender Übertragungswille des Veräußerers und Erwerbers nicht in Frage kommen.

4. Erloschenes Giebelbenutzungsrecht § 92 Ziff. 1.

§ 53. LG. Leipzig. Auch wenn unter Abänderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen gemäß § 59 das Stehenbleiben von Hypotheken vereinbart wird, übernimmt der Ersteher die persönliche Schuld in Höhe der Hypotheken. ➳ Das Armenrecht gegen diese Entscheidung wurde vom OLG. Dresden und vom RG. versagt. Red. ⇠.

§ 54. Fällige Hypothek § 59 Ziff. 2.

§ 55. 1. PosMschr. 06 132 (Posen). Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher das Eigentum an Zubehörstücken trotz seiner Kenntnis vom Eigentumsanspruch eines Dritten auf sie.

2. ➳ **RG.** 10. 11. 06. Hat der Subhastat das Restaurationszubehör veräußert, ist es aber im Grundstück, wenn auch nominell im Geschäftsbetrieb eines anderen (einer von der Ehefrau geleiteten „Kommanditgesellschaft") geblieben, so unterliegt es dem § 55 Abs. 2 und zwar auch insoweit, als einzelne dieser Zubehörstücke schon ursprünglich nicht im Eigentum des Subhastaten, sondern nur in seinem unmittelbaren Besitz gestanden und mit dem Eigentumsvorbehalt eines Dritten, des ersten Verkäufers, belastet waren. Vgl. § 37 [5] Ziff. 5. — Dasselbe Urteil verwarf den Revisionsangriff gegen die Feststellung des KG., daß in Berlin eine Verkehrssitte nach § 98 BGB. nicht nachzuweisen sei, wonach Restaurationsinventar überhaupt nicht, keinesfalls aber dann als Zubehör gelte, wenn die Restauration nicht das ganze Gebäude umfasse. Red. ⇠

3. *L. Fischer, ZwVVerfahren, an einem Rechtsfall dargestellt (4) 28. Der ZwVRichter wird bestrebt sein müssen, den Umfang des versteigerten Grundstücks, sowohl seinem unbeweglichen wie seinem beweglichen Bestande nach, möglichst genau zu ermitteln und geeignetenfalls durch Erörterungen über den Umfang und Anregung zur Feststellung besonderer Kaufsbedingungen (vgl. § 59) über das, was versteigert wird, Klarheit zu schaffen. Andererseits wird er vermeiden müssen, über zweifelhafte Fragen des Umfanges des Versteigerungsgegenstandes von amtlicher Stelle aus seine Ansicht kund zu tun, weil dies leicht den Bieter zu der Annahme verleiten könnte, der Versteigerungsrichter habe den Umfang endgültig und maßgebend zu bestimmen, während doch die Entscheidung der

Frage, was zugeschlagen sei, im Streitfalle schließlich dem Prozeßrichter anheimfallen muß.

4. *Hüttner, ZBlFG. 7 5. Gegenüber dem nach Maßgabe von §§ 771, 769 ZPO. zu verfolgenden Widerspruch eines Dritten gegen die Mitversteigerung ihm gehörigen Zubehörs sind nur der betreibende und der zum Verfahren zugelassene Gläubiger, nicht auch die übrigen am Verfahren teilnehmenden Realberechtigten passiv legitimiert. Wird gemäß § 769 ZPO. die ZwVollstreckung eingestellt oder durch Urteil nach §§ 771, 770 ZPO. aufgehoben, so bedarf es noch eines besonderen Einstellungs- oder Aufhebungsbeschlusses des Vollstreckungsgerichtes. Beschwerde ist bei Einstellung auf Grund einer Anordnung des Prozeßgerichts nur gegen den Beschluß des Prozeßrichters zulässig, steht aber allen am Verfahren beteiligten Interessenten zu. Nach Schluß der Versteigerung kann die Einstellung nur in Form der Versagung des Zuschlags erfolgen. Vgl. § 37 [5] Ziff. 11.

5. *Lindemann, PosMschr. 06 1. Die Freigabeerklärung des die ZwV. betreibenden Gläubigers in bezug auf Zubehörstücke führt nicht zu einer teilweisen Aufhebung des Verfahrens gemäß § 29, sie kann auch nicht einem der Widerspruchsklage stattgebenden Urteile schlechthin gleichgestellt werden, sondern sie kommt nur als Mittel der Glaubhaftmachung für die Tatsachen in Betracht, auf welche gemäß §§ 771, 769 ZPO. ein Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gestützt wird. Vgl. Lindemann § 37 [5] Ziff. 8. Er führt auch in JW. 06 325 ähnliches aus, bekämpft dort aber auch andere Meinungen, wonach die nicht betreibenden Beteiligten ohne Beitritt zum Verfahren nach § 65 die nachträgliche Versteigerung von Zubehör ermöglichen könnten, was dem § 31 Abs. 1 widerspreche.

6. Vgl. im allgemeinen die §§ 20, 37, 65.

§ 56. Herold, BayRpflZ. 06 218, ist gegen v. d. Pfordten der Meinung, daß auch noch zwischen Versteigerung und Beschlußfassung über den Zuschlag die Einstellung des Verfahrens in einzelne Zubehörstücke erfolgen könne und daß deswegen nicht der ganze Zuschlag versagt werden müsse, da § 56 auch die Entwährung durch Dritte mitumfasse. Vgl. zu § 37 [5] Ziff. 7 aE.

§ 57. 1. **RG.** JW. 06 58. Es kommen, was den Übergang der Vermietungsrechte auf den Grundstückserwerber betrifft, nach § 571 BGB. nur solche Rechte des bisherigen Vermieters in Betracht, die die Pflichten des Mieters wegen Behandlung des Mietgegenstandes, wegen dessen Rückgabe und wegen Entrichtung der Gegenleistung angehen. Diese Rechte, aber auch nur sie, gehen auf den neuen Erwerber über, gleichviel, ob sie unmittelbar im Gesetz oder durch besondere Vereinbarung begründet sind. Andere mit dem Mietverhältnis nicht unmittelbar zusammenhängende Vertragsrechte, z. B. auf eine künftige Konkurrenzbeschränkung des Mieters, gehen nicht mit über, sondern bleiben beim Vermieter zurück. Gleiches gilt natürlich gemäß § 581 BGB. für Pacht. Fraglich kann übrigens werden, ob der Verpächter nach Verlust des Grundstücks und bei Mangel jeden Interesses dann derartige Rechte wie erwähntes Recht auf Konkurrenzbeschränkung gegen seinen ehemaligen Pächter noch geltend machen kann.

2. **RG.** 63 66, JW. 06 302, hat das im JDR. 4 § 57 Ziff. 4 erwähnte Urteil des KG., wonach der Nießbraucher, Vermieter und Meistgebotszedent für vorzeitige Mietkündigung nicht haftbar sein sollte, aufgehoben und die allgemeine Gültigkeit des § 571 BGB. auch für die Fälle der ZwV. ausgesprochen.

3. Lindemann, DJZ. 06 1201, bekämpft gleichfalls das vorerwähnte aufgehobene kammergerichtliche Urteil; ebenso Mittelstein, DJZ. 06 142, R. 06 834, indem dieser folgendes ausführt: Dadurch, daß der Vermieter es nur zur

ZwV. kommen läßt und daß infolgedessen der Ersteher durch den Zuschlag die Möglichkeit erlangt, das Mietverhältnis vorzeitig aufzulösen, verletzt der Vermieter seine Verpflichtungen aus dem Mietvertrage und entsteht im Augenblicke des Zuschlags für den Mieter ein durch die künftige Ausübung des Kündigungsrechts abseiten des Erstehers aufschiebend bedingter Schadensersatzanspruch. Dies würde nur dann nicht gelten, wenn die ZwV. ihren Grund hatte in Umständen, welche der Vermieter nicht zu vertreten hat.

4. **RG.** JW. **07** 59. Am 7. 11. 04 erfolgte Mietzinspfändung und Überweisung für A., am 23. 11. 04 Grundstücksbeschlagnahme, am 30. 12. 04 trat der Hypothekgläubiger B. dem ZwV.- und ZwVerwVerfahren bei. Am 14. 3. 05 erlangte B. den Zuschlag, am gleichen Tage hob das Gericht das Zahlungsverbot an die Mieter und am 29. 4. 05 hob es die ZwVerw. auf. Die vorausgezahlten Mietzinse für das II. Vierteljahr 1905 wurden in 3 Instanzen nicht dem Kläger B., sondern dem beklagten Pfändungsgläubiger A. zugesprochen. Das RG. gab folgende Gründe: Die mit der Zuschlagserteilung verbundene Beendigung des ZwVerwZweckes kann zwar nicht als ein der Fortsetzung des Verfahrens entgegenstehendes Hindernis nach § 28 angesehen werden, aber dieser Rechtsirrtum des Berufungsrichters ist ohne Einfluß. Zunächst als Ersteher muß B. die Vorausverfügung über die Mietzinse nach §§ 57 ZVG., 573 BGB. gegen sich gelten lassen. (Vgl. **RG. 58** 181, **59** 177.) Daß auch ZwVerw. bestand, ändert hieran nichts. Auch auf seine Rechte als Hypothekgläubiger kann sich der Kläger B. nicht stützen, weil diese mit dem Zuschlag an ihn ihr Ende gefunden haben. Unschädlich ist die Aufhebung der ZwVerw. erst am 29. 4. 05, da schon am 14. 3. 05 das Zahlungsverbot an die Mieter rechtmäßig aufgehoben war. Die nach § 1124 Abs. 2 BGB. bestimmte Unwirksamkeit der Pfändung künftiger Mietzinse ist nur eine relative, sie hört bei Wegfall der Beschlagnahme wieder auf, die Pfändung lebt dann wieder auf. Daß der Pfändungsgläubiger A. zugleich Nießbraucher war, verstärkte nur seine Stellung, machte aber seine Pfändung keineswegs unzulässig. Vgl. JDR. **4** § 148 Ziff. 4.

5. SächsRpflA. **06** 406 (rechtskräft. Urteil des AG. Dresden). Gegenüber dem Nießbraucher eines Grundstücks, der es ersteht, ist die Pfändung der Mietzinse auch für das zur Zeit des Zuschlagsbeschlusses laufende und das folgende Vierteljahr unwirksam.

6. BreslauAK. **06** 29 (Breslau). Nachdem die Mieter wegen der im März 05 erfolgten Mietzinspfändungen und Zession ihre am 1. 4. 05 fälligen Mietzinse zu 1000 M. hinterlegt haben, am 17. 4. 05 der Konkurs über das Vermögeu des Grundstückseigentümers eröffnet wurde, die Pfändungsgläubiger und der Zessionar ihre Rechte aufgegeben haben und erst am 16. 6. 05 Zwangsverwaltung eingeleitet worden ist, steht dem klagenden Zwangsverwalter kein Recht gegen den Konkursverwalter auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrages zu. Vgl. § 148 Ziff. 5 dasselbe Urteil.

7. Über Mietzinse in der ZwVerw. s. auch §§ 146, 148.

§ 58. BayObLG., R. **06** 312. Die Kosten des Beschlusses, durch den im ZwVVerfahren der Zuschlag erteilt wird, sind Gegenstand einer persönlichen Schuld des Erstehers. Die Ansprüche des Notars auf Entrichtung seiner Gebühren dafür unterliegen zwar nach § 196 Ziff. 5 BGB. der 2jährigen Verjährung. Diese beginnt aber nach § 201 BGB. erst mit Schluß des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und wird nach Art. 50 BayNotG. durch Einreichung des Antrags auf Festsetzung der Gebühren und Auslagen bei Gericht gemäß § 209 Abs. 1 BGB. unterbrochen. Vgl. auch EGZVG. § 13 Ziff. 1 unten.

§ 59. 1. OLG. **13** 8, ElsLothNotZ. **06** 174 (Colmar). Das Beschwerderecht der Beteiligten (§ 9) und das des Erstehers sind wohl voneinander zu

unterscheiden; für die Beteiligten kann es bereits durch Fristablauf erloschen sein, während es für den Ersteher erst vom Tage der Zuschlagszustellung an läuft, daher noch besteht. Wenn der Ersteher zugleich Beteiligter ist, muß bei seiner Beschwerde gefragt werden, ob er in seiner Eigenschaft als Ersteher durch das Verfahren verletzt ist. Dies ist aber dann zu verneinen, wenn seinem Antrag auf Änderung der Versteigerungsbedingungen, z. B. auf Vertagung der Entscheidung über den Zuschlag, nicht stattgegeben wurde. Hiergegen hätte er wohl die (versäumte) Beschwerde als Beteiligter gehabt, aber als Ersteher hat er deswegen kein Beschwerderecht. Vgl. § 87 Ziff. 1, § 97 Ziff. 1.

2. SeuffBl. **06** 536 (LG. München I und OLG. München). Wird eine dem betreibenden Gläubiger vorgehende Hypothek laut der aus dem Grundbuch ersichtlichen Zahlungsbedingungen bei Veräußerung, also auch bei zwangsweiser Veräußerung, des Grundstücks fällig, so muß auf Antrag eines Beteiligten das Grundstück sowohl unter Berücksichtigung dieser Hypothek im geringsten Gebot, als ohne solche Berücksichtigung ausgeboten werden, weil durch solches Doppelausgebot weder der Gläubiger fraglicher Hypothek, noch der betreibende Gläubiger, noch der Schuldner beeinträchtigt wird.

3. **RG.** ZBlFG. **7** 200. Ein Hypothekgläubiger, der wegen seines in der ZwV. erlittenen Ausfalls den Bürgen für die Hypothek in Anspruch nimmt, handelt insoweit arglistig, als er nicht ausgefallen wäre, wenn er in der ZwV. den Wegfall einer ihm im Range nachstehenden Wegegerechtigkeit als Versteigerungsbedingung beantragt hätte.

4. Hypothekübernahme als Bedingung § 53, Hinwirken auf klärende Bedingungen § 55 Ziff. 3.

§ 63. Nichterlöschen der Einzelgebote § 72.

§ 64. 1. BayObLG., R. **06** 449, behandelt nach bay. Subhastationsrecht in Ansehung eines einzelnen Grundstücksanteils die auf dem ganzen Grundstück lastende Hypothek als Gesamthypothek, deren Verteilung bei Einzelversteigerung eines Anteils nicht zulässig sei, was auch den Grundsätzen der §§ 64, 122 ZVG. entspreche. Vgl. § 1 Ziff. 1 u. 2, § 18 und § 44 Ziff. 6.

2. ElsLothJZ. **06** 68 (LG. Colmar). Die Verteilung des Betrags einer Gesamthypothek auch auf ein Anwesen, welches in dem anhängigen Verfahren nicht mitversteigert worden ist, widerspricht dem Sinne und Wortlaute des § 64.

3. Schröder, ZBlFG. **7** 472, führt in seinen „Beiträgen zur Lehre von der Eigentümerhypothek" u. a. 475 folgendes aus: Tritt der persönliche Schuldner einer durch Gesamthypothek gesicherten Forderung eine der verpfändeten Liegenschaften verkaufsweise oder an Zahlungsstatt für einen Teil seiner Schuld an den Gläubiger ab, so erwirbt er für den getilgten Betrag an den in seinem Besitz verbleibenden Grundstücken eine Eigentümerhypothek, während die Hypothek auf dem veräußerten Grundstücke für den getilgten Betrag erlischt (§ 1173 BGB.). Wird in derartigen Fällen die ZwV. der im Besitze des Schuldners verbliebenen Grundstücke angeordnet, so ist bei Feststellung des geringsten Gebots, wenn gemäß § 64 eine Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen belasteten Liegenschaften beantragt wird, nur der Wert jener im Besitze des Schuldners verbliebenen Grundstücke zu berücksichtigen, aber der Betrag der nach obigem entstandenen Eigentümerhypothek ist mitzuverteilen. Das veräußerte Grundstück bleibt außer Betracht.

4. BraunschwZ. **06** 124 (Braunschweig). Nach dem Schätzungsergebnis war eine Verteilung der dem betreibenden Gläubiger vorausgehenden Gesamthypothek in der dem § 64 Abs. 1 entsprechenden Weise auf die 3 Grundstücke nicht möglich, wie auch die Beteiligten zum Versteigerungsprotokoll anerkannt haben. Damit war die Maßregel des § 64 Abs. 1 ausgeschlossen, der im Interesse der

nachstehenden Beteiligten das geringste Gebot für die Einzelausgebote günstiger gestalten will. Die aus dem Rechte der Gesamthypothek abfließende Regel, daß sie mit dem vollen Betrage bei Feststellung des geringsten Gebots für jedes der betreffenden Grundstücke zu berücksichtigen ist, behielt nun ihre Geltung. Dann erwuchs aber auch nicht die im Abs. 2 des § 64 dem Gesamthypothekgläubiger eingeräumte Befugnis, eine andere Feststellung des geringsten Gebots und des Ausgebots unter Zugrundelegung der beiden voneinander abweichenden geringsten Gebote zu verlangen. Denn, indem das Gesetz sagt: „Wird der im Abs. 1 bezeichnete Antrag gestellt . . .", erfordert es für die Statthaftigkeit solchen Verlangens die — selbstverständlich — erfolgreiche Stellung des Antrags aus Abs. 1. Demnach versagt der § 64 im vorliegenden Falle, eine Rechtslage, deren Eintritt zwar nur im Reinhardschen Kommentare zum ZVG. als möglich erwähnt wird, die sich aber mit Notwendigkeit aus dem Gesetz ergibt. — Trotzdem kann die irrtümliche Anwendung des § 64 durch den Vollstreckungsrichter der Versteigerung eines einzelnen der Grundstücke nicht schaden, bei dem das Meistgebot unter Zugrundelegung eines die ganze Gesamthypothek umfassenden geringsten Gebots abgegeben worden ist.

§ 65. 1. R. **06** 1262 (Braunschweig). Trotz des Zuschlags des Grundstücks bleiben die Pfandrechte der Hypothekgläubiger an dem nicht mitversteigerten Zubehör bestehen.

2. SeuffA. **61** 483, HansGZ. **06** Beibl. 271 (Hamburg). Es fehlt jeder gesetzliche Anhalt dafür, daß die Hypotheken der aus einem Grundstück nicht befriedigten Gläubiger infolge der Ausschließung des Zubehörs von der Versteigerung des Grundstücks an dem ihnen verhafteten Zubehör zur Erlöschung kommen sollen (**RG. 55** 416), und es würde für eine derartige Ordnung der Verhältnisse auch jede gesetzgeberische Veranlassung gefehlt haben, weil das wirtschaftliche Bedürfnis dringend die Fortdauer der Haftung des Zubehörs verlangt. Somit war im gegebenen Falle die Freigabeklage des angeblichen Zubehöreigentümers gegen den Hypothekgläubiger, der einen die ZwV. des Inventars anordnenden Gerichtsbeschluß erwirkt hatte, abzuweisen, ohne daß es auf den Weg ankam, auf welchem die Zwangsvollstreckung in fragliches Zubehör zu betreiben ist. Gegen einen unrichtigen Weg können §§ 766, 793 ZPO. und § 95 ZVG. allenfalls dienen.

3. SeuffA. **61** 45 (Cassel). Für das Reichsrecht ist der Grundsatz festzuhalten, daß mit dem Erlöschen der Grundstückshypothek ihre Wirksamkeit gegenüber einem früheren Zubehörstück des Grundstücks aufhört, wenn diese nicht schon vor dem Erlöschen der Hypothek Gegenstand einer dinglichen Klage oder einer Beschlagnahme zugunsten der Hypothekgläubiger geworden ist. Eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, welche mit dem Grundstück gehaftet haben, ist unmöglich geworden. Vgl. über diese in vorstehender Ziff. besprochene bestrittene Frage JDR. **3** § 65, **4** § 20 Ziff. 6.

4. S. auch über Sonderversteigerung § 37 [5] Ziff. 8, § 55 Ziff. 5, § 91 Ziff. 2.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. SeuffA. **61** 254, R. **06** 1146 (Königsberg). Nicht aus dem Grundbuch sich ergebende Rechte müssen vor Aufforderung zum Bieten bei Vermeidung ihrer Zurücksetzung nach §§ 37, 110 angemeldet werden. Dies gilt aber nicht für Personenwechsel hinsichtlich eines aus dem Grundbuch zu ersehenden Anspruchs. Durch Nichtanmeldung dieses Wechsels geht der Rang des Rechtes für das Verteilungsverfahren nicht verloren.

2. RG. (Strafs.) **39** 134, JW. **06** 799. Eine strafbare Anstiftung zum Vergehen des Abhaltens vom Bieten ist nach § 270 PrStG. rechtlich denkbar.

3. Über vereinbartes Bieten unter Wert vgl. § 85 Ziff. 4, § 180 Ziff. 1.

§ 68. Sicherheitsleistung des Miteigentümers § 180 Ziff. 1.

§ 69. 1. RG. JW. **06** 539 bestätigt die Schadensersatzpflicht eines ZwV. Richters, der einen außer Kurs gesetzten Staatsschuldschein trotz des Art. 176 EGBGB. als zur Sicherheitsleistung ungeeignet zurückgewiesen hatte.

2. *Meyn, SächsRpflA. **06** 169, „Sparkassenbücher als Sicherheitsleistung." Da Sparkassenbücher keine Inhaberpapiere sind, so entsteht durch Hinterlegung kein Pfandrecht an ihnen, jedenfalls nicht an der Forderung gegen die Sparkasse. Zu deren Verpfändung ist nach § 1280 BGB. Anzeige an die Sparkasse erforderlich. Die Anzeige ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Termin müßte also so lange ausgesetzt werden, bis festgestellt wäre, daß die Anzeige der Sparkasse zugegangen und die Verpfändung damit rechtswirksam geworden sei. Da dies regelmäßig praktisch nicht auszuführen ist, so muß der Gedanke an eine Verpfändung völlig fallen gelassen werden. Es fragt sich, ob die Hingabe (Hinterlegung) des Sparkassenbuchs nicht so gedeutet werden kann, daß das Gericht ermächtigt sein solle, eintretendenfalls den Betrag bei der Sparkasse abzuheben und bestimmungsgemäß zu verwenden. Der von anderer Seite angeregte Gedanke, in der Hingabe des Sparkassenbuchs eine fiduziarische Sicherheitsübereignung zu finden, reicht weit über den mutmaßlichen Willen der Beteiligten hinaus und würde praktisch und rechtlich zu den größten Schwierigkeiten führen. Da es dringend wünschenswert ist, den kleinen Leuten durch Zulassung der Sparkassenbücher als Sicherheitsmittel das Mitbieten zu erleichtern, so empfiehlt es sich zur Vermeidung aller Zweifel, daß das Gericht ausdrücklich zu Protokoll ermächtigt wird, den Betrag des Buches abzuheben und bestimmungsgemäß zu verwenden. Vgl. JDR. **4** § 67 Ziff. 1.

3. Lindemann, ZBlFG. **6** 748 (R. **06** 834), findet in der kautionsweisen Hingabe des Sparkassenbuchs an das Gericht eine Sicherheitsabtretung der Forderung an jene, die die Sicherheitsleistung zu verlangen berechtigt sind und die sich über Aushändigung des Sparkassenbuchs einigen müssen, wenn der Kautionsfall eintritt.

§ 71. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Unwirksam ist ein Gebot, das durch Irrtum (z. B. durch Mißverständnis der jetzt üblichen Form des Ausgebots) veranlaßt und wegen dieses Irrtums unverzüglich angefochten worden ist. Der Bieter, der seinen Irrtum noch im Versteigerungstermin erkennt, kann sein Gebot sofort anfechten und selbst dessen „Zurückweisung" beantragen. Erkennt er den Irrtum erst später, so kann er die Anfechtung seines Gebots mit dem Antrag auf Versagung des Zuschlags oder mit der Beschwerde gegen den Zuschlag verbinden. — Nach Rechtskraft des Zuschlags ist die Anfechtung ausgeschlossen. Denn die Unwirksamkeit eines Gebots kann nur im Versteigerungsverfahren selbst mit den durch das ZVG. geordneten Rechtsbehelfen (Antrag beim Vollstreckungsgericht und Beschwerde gegen den Zuschlag) geltend gemacht werden. Der Rechtsweg im ordentlichen Prozeßverfahren ist unzulässig. So RG. **54** 308, der hier entschiedene Fall ist von Schneider, BuschsZ. **31** 287, näher besprochen, dort ist auch das Urteil des OLG. Stettin in derselben Sache abgedruckt (vgl. auch Peiser, BuschsZ. **31** 399). — Das Gebot im Zwangsversteigerungsverfahren ist keine „Offerte", wohl aber eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung, die einer Behörde gegenüber abzugeben ist; die Behörde ist das Vollstreckungsgericht. Die Anfechtungserklärung kann daher ebenfalls dieser Behörde gegenüber abgegeben werden (BGB. § 143 Abs. 4 Satz 2). Bei entsprechender Anwendung des § 122 BGB. würde übrigens der

Bieter, der sein Gebot angefochten und dadurch eine Wiederholung des Versteigerungsverfahrens veranlaßt hat, dem betreibenden Gläubiger und unter Umständen auch den Realberechtigten schadensersatzpflichtig sein. — Wegen Betrugs und Zwanges würde ein Gebot in der gleichen Weise angefochten werden können, wie wegen Irrtums, aber — ohne Rücksicht auf die längere Anfechtungsfrist — ebenfalls nur bis zur Rechtskraft des Zuschlags. Nach diesem Zeitpunkte würde dagegen nur noch die Klage aus der unerlaubten Handlung (BGB. § 826) gegen den Betrüger oder Erpresser gegeben sein (628 f.).

§ 72. *A. Fuchs, GruchotsBeitr. **50** 738. Die auf die einzelnen Grundstücke abgegebenen Höchstgebote erlöschen nicht dadurch, daß bei nachfolgendem Gesamtausgebot ein die Summe der Einzelhöchstgebote übersteigendes Gesamtgebot abgegeben wird. Ein Gebot kann zu einem anderen nur dann im Verhältnisse eines Übergebots stehen, wenn es jenem anderen qualitativ vollständig gleich und nur quantitativ von ihm verschieden (es übersteigend) ist. Das Gesamtgebot ist aber von jedem Einzelgebote qualitativ (hinsichtlich des betroffenen Gegenstandes) verschieden.

§ 75. BraunschwZ. **06** 136 (Braunschweig). Weder der Zwangsverwalter noch der, für den ein Veräußerungsverbot gegen den Schuldner besteht, hat ein Recht, nach § 75 ZVG. oder § 268 Abs. 1 BGB. durch Zahlung die Einstellung der ZwV. herbeizuführen.

§ 78. 1. R. **06** 449, 508 (Colmar). Gegenüber der Feststellung im Versteigerungsprotokoll, daß der Versteigerungsbeamte den Zuschlagsbeschluß verkündet hat, ist kein Gegenbeweis dahin, daß die Verkündung durch eine zur Mitwirkung bei der Versteigerung nicht berufene Person stattgefunden habe, sondern nur der Beweis der Fälschung zulässig (§ 164 ZPO.).

2. Protokollerklärung über Sicherheitsleistung s. § 69 Ziff. 2. Vgl. aber auch § 80.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. **RG.** BayRpflZ. **06** 163. Wenn auch durch das Versteigerungsprotokoll und die Zurückweisung der Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß festgestellt ist, daß der Ersteher A. nur einen bestimmten Betrag zuletzt geboten hat, so hindert das doch nicht die spätere Klage eines ausgefallenen Beteiligten B. gegen A. mit der Begründung, daß der Ersteher in Wahrheit einen höheren Betrag zum Zwecke der Deckung des B. auf dessen Veranlassung geboten, aber durch Benutzung einer eingetretenen Versteigerungspause, des Irrtums des Versteigerungsrichters und der Entfernung des B. diesen in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise nach § 826 BGB. geschädigt habe, indem er schließlich sein richtiges höheres Meistgebot verschwieg. Die durch dieses RG.-Urteil bestätigte Entscheidung des OLG. Braunschweig s. in BraunschwZ. **06** 128.

§ 81. 1. ⇛ **RG.** 8. 12. 06. Der Zessionar A. der früher im Konkurs befindlich gewesenen Subhastaten Gebr. B. klagt gegen den C. auf Schadensersatz, event. wegen Bereicherung, weil C. als Meistbietender in der ZwV. sich widerrechtlich die nicht Zubehör des Grundstücks bildenden, vom Konkursverwalter im ZwVTermin beanspruchten Maschinen, Werkzeuge usw. der Gebr. B. angeeignet und sein Meistgebot sodann einschließlich dieser Gegenstände an D. abgetreten habe. Die Klage war aber aus folgenden Gründen abzuweisen: Eigentum und Besitz der Sachen hat C. nicht erworben, durch Meistgebotsabtretung hat er an sich keine widerrechtliche Handlung vorgenommen. Dafür, daß er dadurch etwa statt seiner der Konkursmasse B. einen minder vermögenskräftigen Beklagten gegenübergestellt hat, liegt nichts vor. Nur gegen D. als endgültigen Ersteher und Besitzer kann geklagt werden, falls die Sachen nicht Zubehör waren. Von

einer Bereicherung des C. aus dem Vermögen der Gebr. B. kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Sachen nicht aus deren Vermögen in das des Beklagten C., sondern durch Zuschlag an D. übergegangen sind, wenn sie Zubehör waren. Red. ←

2. HansGZ. **06** Beibl. 285 (Hamburg). Im Falle der Erklärung des Bietens für einen anderen (Abs. 3) liegt keine Abtretung eines Rechtes an einen Dritten vor und es ist daher für den Rechtsvorgang von dem Höchstbietenden keine Immobilienabgabe zu fordern.

3. Vertagung des Zuschlags wegen möglicher Meistgebotsabtretung § 87 Ziff. 1.

§ 83. Irrtümlicher Zuschlag § 80, Versagung des Zuschlags wegen Zustellungsmangels § 43, wegen Intervention § 37[5] Ziff. 1, 4, 7, 10, 13, Obereigentum § 91 Ziff. 6.

§ 84. Verzicht auf Zustellung § 43, nicht genügender Verzicht auf Zubehör § 37[5] Ziff. 13.

§ 85. Vorbemerkung: Die durch ZwVErlöse unter Wert herbeigeführten wirtschaftlichen und rechtlichen Nachteile sind erheblich. Für Württemberg ergab z. B. laut der WürttZ. **06** 22 eine Zusammenstellung, daß in den Jahren 1895—1903 bei Zwangsversteigerungen 26 pCt. der Hypotheken, 77,4 pCt. der sonst beteiligten Forderungen ausgefallen sind und daß die Erlöse hinter den Anschlagswerten zurückblieben: bei Landgütern um 21,5 pCt., bei einzelnen Feld- und Waldstücken um 12,8 pCt., bei Gebäuden um 9,1 pCt. Die Abhilfemaßregel des § 85 kann wohl nur von beschränkter Wirksamkeit sein und wird wahrscheinlich nur selten benutzt. Der Gegenbeweis des wahren Wertes des Grundstücks wird, wie sich aus nachstehenden Entscheidungen ergibt, von der Rechtsprechung z. Z. nur in ganz besonderen Fällen gestattet.

1. → **RG.** 17. 11. 06. Das RG. hält an seiner Meinung fest, daß der Gläubiger seinen Ausfall vom persönlichen Schuldner auch dann verlangen kann, wenn er das Pfandgrundstück unter seinem wahren Werte erstanden hat. Daß bei Schadensersatzklagen der wahre Wert des Grundstücks unter Umständen in Frage kommen kann — vgl. **RG.** VI 197/02 v. 13. 10. 02 — ändert hieran nichts, denn der ausgefallene Gläubiger verlangt nicht Schadensersatz, sondern einfach Zahlung. Ähnlich auch **RG.** 10. 3. 06. Red. ←

2. SächsRpflA. **06** 278 (Dresden). Der persönliche, von der ZwV. nicht nach § 1166 BGB. benachrichtigte Schuldner kann seine Haftung für den Ausfall nicht ablehnen, wo er nur berechtigt ist, von einem (zahlungsfähigen) Rechtsvorgänger des Grundstückseigentümers, der die ausgefallene Hypothek unter der Herrschaft des SächsBGB. in Anrechnung übernommen hatte, Ersatz zu verlangen. Es ist auch kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der ausgefallene Hypothekgläubiger den Ausfall einklagt, obwohl er durch den Mehrwert des erstandenen Grundstücks gedeckt wurde. Ähnlich SächsOLG. **27** 295 u. OLG. Cöln, RheinA. **103** I 188.

3. **RG.** PuceltsZ. **06** 129. Der Kreditgeber braucht den noch unbezahlten Rest des Gegenwerts für die für ihn eingetragene Hypothek an den Hypothekbesteller nicht zu zahlen, wenn die Hypothek in dem ZwVVerfahren, in dem er das Grundstück erstanden hat, ausgefallen ist. Hieran ändert es — im Gegensatz zu dem anders gelagerten Falle VI 197/02 **RG.** v. 13. 10. 02 (R. **03** 83) — nichts, daß der Ersteher das Grundstück vielleicht unter dem wahren Werte erwarb. Darin ist weder eine unerlaubte Handlung, noch eine gegen den Darlehnsvertrag oder gegen Treu und Glauben verstoßende zu finden. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine — in Wirklichkeit nicht erhobene — Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu rechtfertigen wäre.

4. → **RG.** 22. 12. 06. Wenn der persönliche Schuldner nach Veräußerung des Grundstücks die Hypothekforderung, für die er noch haftet, in der ZwV. zu-

nächst auszubieten beabsichtigt, sodann aber statt dessen unter Vereinbarung mit der Hypothekgläubigerin als Ersteher deren erloschene Hypothek neu eintragen läßt, so war diese in Wirklichkeit doch durch den Wert des Grundstücks gedeckt und der Ersteher hat kein Recht, wegen Befriedigung der Hypothekgläubigerin durch ihn gemäß § 415 Abs. 3 BGB. einen Befreiungsanspruch gegen den zu erheben, der ihm selbst das Grundstück unter (nicht genehmigter) Übernahme der Hypothek abgekauft hatte. Vgl. auch § 20 Ziff. 4. Red. ←

5. Über Nichtbeantragung einer günstigen Versteigerungsbedingung s. § 59 Ziff. 3, Teilungsversteigernng unter Wert § 180 Ziff. 1.

§ 87. 1. Helmar, R. **06** 1129, ist der Meinung, daß namentlich in der Teilungs-ZwV. der Versteigerungsrichter oder Notar dem Antrag der Beteiligten auf Vertagung der Verkündung des Zuschlagsbeschlusses stattgeben müsse, zumal der Schluß der Versteigerungsverhandlung keineswegs die präkludierende Wirkung des Schlusses der mündlichen Verhandlung im Prozesse habe und der betreibende Gläubiger nach §§ 29, 33 seinen Versteigerungsantrag noch bis zur Zuschlagsverkündung zurückziehen könne, auch nach § 81 der Meistbieter seine Rechte noch einem anderen übertragen dürfe usw.

2. Beschwerde wegen Nichtvertagung s. § 59 Ziff. 1.

§ 88. Beschwerdefrist für den Ersteher s. § 59 Ziff. 1.

§ 90. 1. *Meyn, SächsRpflA. **06** 171. In welcher Begrenzung erwirkt der Ersteher das ersteigerte Grundstück? a) Zwiespalt zwischen Kataster und Grundbuch. In Preußen ist, wenn die Katasterparzellen nach § 3 Abs. 1 Ziff. 2 AllgJMVf. v. 20. 11. 99 einzeln im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs aufgeführt sind, das Grundbuch maßgeblich, nicht das Kataster. Ob in Sachsen der katastermäßige Bestand entscheidend ist, erscheint zweifelhaft. b) Zwiespalt zwischen Kataster und Örtlichkeit. Der Ersteher erwirbt die ersteigerten Grundstücke nur in den richtigen, in der Örtlichkeit vorhandenen Grenzen, nicht in den etwaigen falschen Katastergrenzen. Vgl. JDR. **4** § 90 Ziff. 4 u. 5.

2. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Der Erwerb in der ZwV. ist kein rechtsgeschäftlicher Erwerb. Er ist daher unabhängig von dem guten oder bösen Glauben des Erstehers, aber auch unabhängig von dem Willen des Bietenden oder des versteigernden Richters. Maßgebend für den Umfang des Erwerbes ist allein das Ausgebot. Der Ersteher erwirbt das Grundstück in dem Umfange, wie es zur Versteigerung gestellt ist, wobei aber eine Ausschließung von Bestandteilen wirkungslos bleibt (632).

3. ZBlFG. **6** 537. Schultz in seiner Dissertation „Die rechtliche Natur der ZwV." schließt sich nach Lobe der Vertragstheorie Rothenbergs an. Vgl. dagegen JDR. **2** § 81 Ziff. 1, **4** § 82 Ziff. 1 und Kohler, GrünhutsZ. **33** 571.

4. → **RG.** 25. 4. 06 verweigerte dem Beklagten das Armenrecht, der als Ersteher einer bestimmten Parzelle zur Herausgabe der nicht auf dieser, sondern auf einer dem Subhastaten verbliebenen Fläche stehenden Gebäude und Gebäudeteile samt Grund und Boden von dem Vordergerichte verurteilt worden war. Red. ←

5. Versicherungsverträge § 52 Ziff. 3, Zurückbehaltungsrecht § 92 Ziff. 3.

§ 91. 1. **RG.** ZBlFG. **7** 299. Dem Zessionar, der den Hypothekenbrief für eine ihm abgetretene, durch Zuschlag aber erloschene Teilhypothek vor Zuschlagserteilung vom Zedenten nicht ausgehändigt erhalten hat, muß von diesem wegen Unmöglichkeit späterer Erfüllung seiner Verpflichtung gemäß § 325 oder auch § 323 BGB. der für die Abtretung gezahlte Gegenwert zurückerstattet werden.

2. Altmann, BayRpflZ. **06** 417. Eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, die

mit dem Grundstücke gehaftet haben, kann möglich werden, wenn mit der Beschlagnahme des Grundstücks die auf dem Grundstücke befindlichen Pertinenzstücke von den Wirkungen der Beschlagnahme mitergriffen waren (§ 20 Abs. 2). Selbst wenn die Gegenstände damals einem anderen als dem Subhastaten rechtlich gehörten, waren sie den Wirkungen der Versteigerung ausgesetzt; dadurch hafteten sie bei Einleitung der ZwV. auch den Hypothekgläubigern. Waren die Zubehörstücke auf Antrag eines intervenierenden Dritten durch richterliche Anordnung von der Versteigerung des Grundstücks und dessen Zuschlag ausgeschlossen, so konnte auch die tilgende Wirkung des Zuschlags ihnen gegenüber nicht Platz greifen. Insoweit bleibt daher das Hypothekenrecht des ausgefallenen Gläubigers zu Recht bestehen, obwohl im übrigen die Hypothek untergegangen ist. — Das Verfahren behufs Realisierung der Ansprüche der ausgefallenen Hypothekengläubiger auf die ihnen verhaftet bleibenden Zubehörstücke gestaltet sich in der Weise, daß der ausgefallene Hypothekgläubiger gegen den der Vollstreckung in die Zubehörstücke Widersprechenden mit dem Antrage zu klagen hat, die ZwVollstreckung in die ausgeschlossenen Pertinenzstücke zu dulden, indem er gleichzeitig den Nachweis seines Ausfalls bei der Immobiliarvollstreckung in Höhe des Wertes des ausgeschlossenen Zubehörs zu führen hat. Dringt er mit dieser Klage durch, so kann er auf Grund des Urteils im Wege der Mobiliarvollstreckung seine Befriedigung aus den Zubehörstücken suchen. Vgl. aber auch zu §§ 37 u. 65.

3. RJA. **6** 152, R. **06** 202 (KG.). KG. bestätigt den Beschluß des Grundbuchamts, wonach dieses die Eintragung vereinbarter, vermeintlich neuer, in Wirklichkeit aber mit den alten übereinstimmender Schuldbedingungen für eine nach § 91 Abs. 2 übernommene Hypothek verweigert hat. Im übrigen wird ausgesprochen, daß durch Vereinbarung des Stehenbleibens der Hypothek zugleich auch ohne weiteres die persönliche Verbindlichkeit auf den Ersteher übergeht. Diese schon im JDR. **4** § 91 Ziff. 3 erwähnte Entscheidung des KG. wird nun von Lindemann, BayRpflZ. **06** 118 (R. **06** 835), als dem Gesetzeswillen widersprechend und für den Ersteher unter Umständen gefährlich bekämpft. Lindemann will in jedem Falle nur den zu erforschenden Parteiwillen in dieser Richtung als maßgebend gelten lassen.

4. Hirschberg, R. **06** 1314. Hat der Ersteher eines Grundstücks in der ZwV. eine zum Zuge kommende Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an diesem Grundstücke, so muß er, um Erlöseinzahlung in gleicher Höhe zu ersparen, entweder das Bestehenbleiben oder die Aufrechnung seiner Ansprüche erklären. Im Falle der Aufrechnung einer Forderung aus dem Realrechte des Erstehers bleibt für eine weitere Erklärung des Bestehenbleibens dieser Rechte aber so wenig Raum, wie für eine Vereinbarung des Bestehenbleibens eines Realrechts zwischen dem Ersteher und einem anderen Berechtigten im Falle dessen Befriedigung durch Zahlung aus dem Versteigerungserlöse. Gleich der Zahlung wirkt auch die Aufrechnung im vollen Umfange wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstück und hat notwendig das Erlöschen des Realrechts und das Vorrücken stehenbleibender Nachhypotheken zur Folge. Über Aufrechnung gegenüber dem Schuldner s. § 107 Ziff. 1 u. 2.

5. OLG. **13** 9, HansGZ. **06** Beibl. 61 (Hamburg). Wenn auch regelmäßig mit dem Zuschlage diejenigen Rechte erlöschen, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, so kann es doch anders in gültiger eintragsfähiger Weise vereinbart werden. Erst später eingetragene Rechte gegenüber dem Ersteher gehen der bestehen bleibenden, wenngleich durch das Gebot an sich nicht gedeckten Hypothek nach. ➾ Auch LG. Magdeburg, NaumburgAK. **06** 7, hat ähnlich entschieden. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß solche zur Herabdrückung des Meistgebots — wie auch LG. Magdeburg anerkennt — oft benutzte Ab-

machungen bedenklich sind. Vgl. auch o. § 85 Ziff. 4 u. JDR. **4** § 91 Ziff. 1. Red. ←

6. *Huther, MecklZ. **24** 248—273. Nach mecklenburgischem Landesrechte bedarf der neue Erwerber eines Erbpachtrechts (Art. 63 EGBGB.), auch in Zwangsversteigerungs- und gesetzlichen oder letztwilligen Erb- (Anerb-) fällen seiner Anerkennung durch den Grundherrn (Eigentümer). Hierin kann nicht eine Veräußerungsbeschränkung des bisherigen Erbpächters erblickt werden. Dieser Gesichtspunkt paßt schon in Fällen gesetzlichen Erbrechts nicht und erklärt nicht, weshalb es der neue Erwerber ist, der die Anerkennung zu erwirken hat. Der zutreffende Gesichtspunkt ergibt sich aus der richtigen Auffassung der Natur des Erbpachtverhältnisses. Letzteres ist seinem Inhalte nach nicht bloß — wie die herrschende Ansicht lehrt — ein dem Eigentum ähnliches und grundsätzlich (wenn auch im einzelnen Falle weniger) frei veräußerliches, verschuldbares und vererbliches dingliches Nutzungsrecht an einem ländlichen Grundstücke, sondern ein Vertrag, der durch Verleihung des „Grundbriefs" durch den Grundherrn an den ersten Erwerber begründet wird und nach Art eines Pachtvertrags die dauernde und fortwirkende Grundlage des ganzen Verhältnisses zwischen Grundherrn und jedesmaligem Erbpächter bildet, wie schon bei der römischen Emphyteuse. Von dem Fortbestande dieses Vertrags ist der Fortbestand des verliehenen Rechtes abhängig, die Dinglichkeit ist nur eine Ausstattung des letzteren. Der Vertrag geht nicht, etwa als Zubehör zu dem dinglichen Rechte, von selbst auf den neuen Erwerber über, sondern muß, auch in Fällen gesetzlichen Erbrechts, erneuert werden. Diese Erneuerung geschieht durch die vom neuen Erwerber erwirkte Anerkennung durch den Grundherrn. Vor ihrer Erteilung ist das Erbpachtrecht nicht übergegangen. Der Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren überträgt das Erbpachtrecht unter der Voraussetzung der erfolgenden Anerkennung des Erstehers. Das mit der Einholung der Anerkennung gesetzlich betraute Vollstreckungsgericht wird nur in Vertretung des Erstehers tätig. Der Vorbehalt der Anerkennung ist eine gesetzliche, auch wohl meist im Grundbrief ausdrücklich festgehaltene Bedingung des Erwerbes. Das Grundbuch würde durch Eintragung des nicht anerkannten neuen Erwerbers als Erbpächters unrichtig geworden sein. Versagt werden kann die Anerkennung nur aus ganz erheblichen Gründen, z. B. wenn das Rechtsgeschäft zwischen veräußerndem Erbpächter und Erwerber an wesentlichen Mängeln leidet oder den grundbrieflichen Bestimmungen zuwiderläuft. (Vgl. Erk. des vorm. Ober-Appellationsgerichts zu Rostock v. 2. 1. 56 in Buchka und Budde, Entsch. II 167.)

7. BayNebenkautionen § 45 Ziff. 1, Giebelbenutzungsrecht § 92 Ziff. 1, Gesamthypothek § 130 Ziff. 3.

§ 92. 1. **RG.** JW. **06** 122, R. **06** 386. Für ein durch den Zuschlag erloschenes Giebelbenutzungsrecht braucht die Barentschädigung nicht gerade als „Wertsersatz" zur Teilung angemeldet zu werden. Für seinen Wert kann im allgemeinen der Betrag maßgebend sein, den der Berechtigte für Herstellung eines eigenen Giebels hätte aufwenden müssen. Unerheblich ist es, ob er nachträglich vom Ersteher dasselbe Giebelrecht für einen billigeren Preis erworben hat.

2. Siber, JheringsJ. **50** 54, behandelt in seiner „Theorie von Schuld und Haftung" auch das rechtliche Wesen der ZwVollstreckung namentlich auch aus dinglichen Rechten und führt 157 aus: Nach §§ 1107 mit 1147 BGB. geht bei Reallasten die Zwangsbeitreibung ohne Rücksicht darauf, ob die Einzelleistung Geld ist oder nicht, durch ZwV. und ZwVerw. des Grundstücks vor sich und verschafft sie dem Berechtigten nach § 92 stets nur einen Geldbetrag. Nur im Falle des § 283 BGB., nicht schon mit Beschlagnahme tritt eine Verwandlung der Realobligation in eine Geldleistungspflicht ein. → Dieser

interessante Satz gibt Anregung zur Berücksichtigung des bisher wenig beachteten Widerspruchs, daß nach Stellung der §§ 864 ff. ZPO. unter dem Abschnitt über ZwVollstreckung wegen Geldforderungen nur solche aus dem unbeweglichen Vermögen beigetrieben werden können, während nach § 1107 BGB. dies unzweifelhaft auch für Naturalleistungen vorgeschrieben ist. Red. ←

3. *Schlegelberger, ZBlFG. 6 553 (R. 06 836). An die Stelle des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen tritt kein Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse, da der Besitzer weder kraft Gesetzes noch nach erfolgter Anmeldung „Beteiligter" im Sinne des ZVG. ist. Weder das Zurückbehaltungsrecht noch der Besitz gehören zu den im § 9 aufgeführten Rechten. Nach der entgegengesetzten Ansicht (vgl. OLG. 8 116) könnte das Zurückbehaltungsrecht, das auf Anmeldung günstigstenfalls die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des ZwVVerfahrens und damit die Erhaltung des Sicherungsbesitzes zur Folge hätte, willkürlich durch Unterlassung der Anmeldung zu einem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstücke gesteigert werden. Im Widerspruche mit den Grundsätzen von der Begrenzung und dem Range der dinglichen Rechte und der Publizität des Grundbuchs würde der Inhaber des Zurückbehaltungsrechts für eine oft recht zweifelhafte Realsicherung volle Befriedigung vor allen dinglich Berechtigten eintauschen. Er würde damit auf Kosten der Realgläubiger einen Vorteil erlangen, auf den er nimmermehr Anspruch hat. Vgl. zu § 93.

§ 93. 1. SächsRpflA. 06 154 (Dresden). Nach der Fassung des § 93 erstreckt sich die Wirkung des Zuschlagsbeschlusses nicht nur auf den Schuldner selbst, sondern auch auf dritte Besitzer des Grundstücks. Nur ausnahmsweise gegenüber dem Besitzer, der auf Grund eines durch die ZwV. nicht erloschenen Rechtes besitzt, soll die ZwVollstreckung nicht erfolgen. Ein solcher Besitzer ist aber der Käufer nicht, der noch nicht das Eigentum des Grundstücks erworben, auch nach § 37 Ziff. 5 nicht angemeldet hat. — Die Vollstreckung aus § 93 wird durch gleichzeitige Rechtshängigkeit einer Räumungsklage nicht gehindert.

2. BraunschwZ. 06 135 (Braunschweig). Der erste Ersteher, der Verwendungen in das Grundstück gemacht hat, kann nach Aufhebung des Zuschlags zwar vom zweiten Ersteher nicht Ersatz dafür verlangen, er hat aber nach § 997 Abs. 1 u. 2 BGB. das Wegnahmerecht. Vgl. f. preuß. Recht **RG. 42** 194.

3. ElsLothJZ. **06** 305 (LG. Colmar). Trotz des Abs. 2 können dort, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist, französisch-rechtliche Ansprüche nach Art. 2175 C. c. auf Ersatz von Verwendungen in der Verteilung oder auch nachher mittels Bereicherungsklage geltend gemacht werden.

VII. Beschwerde.

Zu §§ 95 ff. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Die weitere Beschwerde ist nicht auf den eigentlichen Rechtspunkt beschränkt, darf aber nur auf einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gestützt werden und ist unzulässig gegenüber zwei gleichlautenden und übereinstimmend begründeten Vorentscheidungen (duae conformes). Sie geht an das übergeordnete Oberlandesgericht; die Anrufung des RG. ist ausgeschlossen. Diese Beschränkung des Rechtsmittels ist mit der wirtschaftlichen Tragweite der zu entscheidenden Fragen nicht zu vereinbaren. Es ließe sich wohl rechtfertigen, die Beschwerde im Zwangsversteigerungsrechte nach dem Vorbilde der Grundbuchbeschwerde zu gestalten und im gleichen Umfange wie bei dieser auch eine Mitwirkung des RG. stattfinden zu lassen (638).

§ 95. 1. Beschwerde wegen Sachen Dritter § 55 Ziff. 4, § 65 Ziff. 2.

2. *Gmelin, ZBlFG. 7 361 ff. (s. auch o. § 15 Ziff. 2). Gegen den die

Zwangsversteigerung anordnenden Beschluß findet nicht die „Erinnerung" nach § 766 ZPO., sondern die sofortige Beschwerde nach § 793 das. durch den Schuldner statt. Dies folgt sowohl (arg. a contr.) aus § 28 ZVG., als aus den Mot. z. Entw. d. ZVG. (235 ff.). S. auch zu § 568 ZPO.

§ 96. Nichtigkeitsbeschwerde § 6, verschiedene Beschwerdefrist § 59 Ziff. 1, § 97 Ziff. 1.

§ 97. 1. OLG. **12** 10, R. **06** 867, 1146, ZBlFG. **7** 30 (Cassel). Die Einlegung des Rechtsmittels seitens eines Beteiligten hat die Wirkung, daß die Rechtskraft des von ihm angefochtenen Beschlusses schlechthin aufgeschoben wird, so daß ein anderer Beteiligter, der zulässige weitere Beschwerde einlegt, sich darauf berufen kann, daß der Beschluß des Amtsgerichts überhaupt und ihm gegenüber noch nicht rechtskräftig ist, mag er auch selbst die Frist für die erste Beschwerde versäumt haben. In diesem Sinne ist die relative Rechtskraft für das Gebiet der ZwV. in Abrede zu stellen. Allerdings muß im angenommenen Falle die weitere Beschwerde dessen, der die erste versäumt hat, zulässig und muß er selbst wirklich beschwert sein und einen neuen selbständigen Beschwerdegrund vorbringen können.

2. Vgl. auch §§ 6, 9 Ziff. 1, 59 Ziff. 1.

§ 100. Recht eines anderen § 59 Ziff. 1, verschiedene Beschwerdefrist und Nichtigkeitsbeschwerde §§ 6, 59 Ziff. 1, 97 Ziff. 1, Klage trotz Abweisung der Beschwerde § 80.

§ 101. Wirkung für Dritte § 97, Verwendungen des ersten Erstehers § 93 Ziff. 2, Beispiel für Abs. 2 § 37[5] Ziff. 1.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 107. 1. OLG. **13** 12, R. **06** 1147 (Dresden). Die Verfügungsgewalt des Vollstreckungsrichters über die dem bisherigen Eigentümer zustehende Forderung gegen den Ersteher beruht nur auf dem Umstand, daß der Versteigerungserlös in erster Reihe zur Befriedigung der dinglichen Gläubiger dienen soll. Soweit er hierzu nicht gebraucht wird, also dem Eigentümer gebührt, kann der Ersteher dagegen aufrechnen. Ist eine solche Aufrechnung vor der Feststellung der Teilungsmasse erfolgt, so kann der vom Ersteher hinterlegte Bietungssicherheitsbetrag nicht mehr als Zahlung nach § 107 Abs. 3 gelten, sondern wird er für den Hinterlegenden frei. Entgegenstehende Pfändungen Dritter könnten eine derartige Aufrechnung nur hindern, wenn sie gültig wären und die Voraussetzungen des § 392 BGB. vorlägen.

2. R. **06** 52, 61 (Celle). Der Ersteher des Grundstücks ist nicht befugt, mit seiner Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner, der als Eigentümergrundschuldgläubiger Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse hat, aufzurechnen, wenigstens nicht, solange dem letztgenannten nicht eine Forderung gegen den Ersteher nach § 118 übertragen ist. du Chesne, KGBl. **06** 105, tritt dieser Entscheidung gegen OLG. Dresden (Ziff. 1 vorstehend) bei. S. auch u. Ziff. 5.

3. Vgl. auch Hirschberg über Aufrechnung anderer Art bei § 91 Ziff. 4.

4. **RG. 63** 214, JW. **06** 387, DJZ. **06** 822. Die ordnungsmäßige, wenn auch nur arrestweise, dem § 830 ZPO. nicht unterworfene, Erlöspfändung geht der vorgängigen unvollständigen Pfändung oder Übertragung der Eigentümerhypothek des Schuldners vor. Unvollständig sind die letzteren auch dann, wenn der Anspruch auf Briefherausgabe zwar zur Einziehung überwiesen ist, dies aber nicht zur Erlangung des Hypothekenbriefs oder Teilhypothekenbriefs benutzt wurde. Dagegen kann Übertragung des Anspruchs auf Briefherausgabe nach § 870 BGB. die wirkliche Herausgabe ersetzen. Erlangt der Pfändungsgläubiger den Brief

erst im Verteilungsverfahren, so schadet dies der Erlöspfändung nicht mehr. Vgl. auch Ziff. 5.

5. **RG.** JW. **07** 12 bestätigt das oben Ziff. 2 erwähnte Urteil des OLG. Celle und gibt dafür folgende Gründe: Die von Klägerin B. gewollte Aufrechnung mit dem ihr von ihrem Schuldner C. zedierten Anspruch und mit ihrer ausgefallenen Hypothek einerseits gegen den von ihr geschuldeten Versteigerungserlös andererseits ist zu verwerfen, weil a) jene Abtretung ungültig war und weil b) die an der ZwV. beteiligten Gläubiger keinen Anspruch auf Zahlung gegen den Ersteher haben, sondern nur ein Recht, nach gesetzlicher Vorschrift befriedigt zu werden. Hieran ändert es auch nichts, daß C. zugleich Subhastat ist. Auch als solchem stand ihm keine frei verfügbare, zur Aufrechnung geeignete Forderung zu. Wenn sich sodann B. auf ältere Abtretung der Eigentümergrundschuld an sie stützt, so ist diese ungültig, weil zwar in der Abtretungsurkunde Teilbriefaushändigung bewilligt war, aber das weitere Mindesterfordernis nach §§ 1154, 1117 Abs. 2 BGB., nämlich die Briefeinreichung beim Grundbuchamt, nicht erfüllt worden ist. Eine gleichzeitige Abtretung des künftigen Hebungsanspruchs mit der Eigentümergrundschuld an B. ist vom Berufungsrichter aus einwandfreien tatsächlichen Gründen verneint worden. Endlich kann dem Beklagten A. auch arglistiges Verhalten nicht vorgeworfen werden, wenn er ohne Rücksicht auf obligatorische Beziehungen zwischen B. und C. seine durch Pfändung und Überweisung gutgläubig erworbenen Rechte auf den Hebungsanspruch des C. weiter verfolgt hat. Vgl. u. Ziff. 6, 7, 8.

6. Oberneck, GruchotsBeitr. **50** 551, bespricht die Pfändung der Eigentümerhypothek und stellt dabei u. a. folgende Sätze auf: a) (573) Es wird zweckmäßig sein, sobald die ZwV. eingeleitet ist, nicht nur die angebliche Eigentümerhypothek, sondern auch den Befriedigungsanspruch auf den Versteigerungserlös zu pfänden. b) (574.) Eine Eigentümerhypothek oder -Grundschuld als solche kann nach dem Zuschlag nicht mehr gepfändet werden, soweit sie nicht in das geringste Gebot gefallen ist. Deshalb kann eine bis dahin unwirksame Pfändung auch nicht mehr durch Nachholen der Briefübergabe wirksam gemacht werden.

7. ➳ **RG.** 29. 9. 06. Nach Erlöschen der Eigentümerhypothek durch Zuschlag kann ihre unvollkommene Pfändung nicht mehr geheilt werden, während zur Pfändung des Erlösanspruchs Briefwegnahme nicht mehr erforderlich ist. Red. ⟵

8. ➳ **RG.** 30. 1. 06 billigte in einer Armenrechtssache die Ansicht der Vordergerichte, daß die eingetragene Pfändung einer Eigentümerbuchhypothek ihrer nicht eingetragenen Zession vorgeht und daß eine Zession der Eigentümerhypothek nicht ohne weiteres als Zession des Erlösanspruchs gelten kann. Red. ⟵

9. PosMschr. **06** 17 (Posen). Der Amortisationsfonds ist nach Statuten Preuß. Landschaften nicht pfändbar; dagegen kann im voraus durch Pfändungsankündigung und Pfändung der auf die an seine Stelle tretende Eigentümerhypothek treffende Hebungsbetrag in Anspruch genommen werden und kommt es hierbei auf ungenaue Ausdrucksweise nicht an. Dieses Urteil wurde vom **RG.** JW. **06** 757 bestätigt und dabei weiter ausgesprochen: Die Pfändung des Erlösanspruchs erfolgt nicht nach § 830, sondern nach §§ 829, 857 Abs. 2 ZPO. (Vgl. JW. **06** 387.) Es entscheidet die Zustellung an den Schuldner (**RG. 43** 427, **40** 395, **52** 259). Die Pfändung des Amortisationsfonds seitens des Beklagten war ungültig, und weder als Hebungspfändung zu betrachten, noch nach §§ 184, 185 BGB. geheilt. Der Kläger dagegen hat am Teilungstermin selbst nach schon früher geschehener Pfändungsankündigung den Erlösanspruch richtig pfänden lassen. Daß dabei der Vollstreckungsrichter als Drittschuldner benannt wurde, war unschädlich.

10. Überweisung des Hebungsanspruchs gibt noch kein unbedingtes Recht, § 114 Ziff. 2.

§ 110. 1. R. **06** 49 (Cöln). Ein preuß. Gerichtskassenrendant, der es unterläßt, eine für die Gerichtskasse nach Eintragung des ZwVVermerks hypothekarisch eingetragene Forderung zum Termin anzumelden, macht sich schon durch diese Unterlassung schadensersatzpflichtig, wenn die Gerichtskasse infolgedessen bei der Kaufgelderverteilung einen Ausfall erleidet.

2. Über Nichtanmeldung eines Personenwechsels s. § 66 Ziff. 1.

§ 112. ZwV. ideeller Teile §§ 1, 18, 64 Ziff. 1.

§ 114. 1. **RG.** SeuffA. **61** 319. Zwar kann in dem Widerspruch gegen eine Anmeldung eines Nachhypothekars zugleich die Geltendmachung des Rechtes auf eine vorgängige Eigentümerhypothek durch den Konkursverwalter liegen, auch berechtigt der bloße Umstand, daß der Eigentümer dem Nachhypothekar für dessen Hypothek persönlich haftet, den Nachhypothekar nicht ohne weiteres zur Inanspruchnahme der vorgängigen Eigentümerhypothek, wohl aber bindet ein vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung zugunsten des Nachhypothekars ausgesprochener Verzicht auf die Eigentümerhypothek den Konkursverwalter auch dann, wenn er nicht durch Vormerkung (§ 1179 BGB.) gesichert ist. Dem steht § 24 KO. nicht entgegen, nur kann jener Verzicht unter Umständen anfechtbar nach § 30 KO. sein. Vgl. o. § 48 Ziff. 2.

2. **RG.** JW. **06** 742. Ist auf eine Hypothek vom Gläubiger aus Irrtum zu wenig angemeldet worden, hat deswegen ein Dritter den auf den hiernach freien Rest treffenden Erlösanteil gepfändet, so erwirbt dieser Dritte weder durch Nichtwiderspruch jenes Hypothekgläubigers im Teilungstermin, noch durch die Überweisung des Hebungsanspruchs, noch durch die Hinterlegung des betreffenden Betrags unwiderrufliche Rechte daran, sondern er muß dessen Auszahlung an den Hypothekgläubiger, insoweit dieser seinen Irrtum nachweist, bewilligen, da er sonst ohne Rechtsgrund bereichert wäre.

3. ➠ **RG.** 25. 2. 05. Der Sekuritätszessionar kann durch Nichtanmeldung der vollen, dem Zedenten gebührenden Zinsen zur ZwV. dem Zedenten schadensersatzpflichtig werden. Red. ⬅

4. Giebelbenutzungsrecht § 92 Ziff. 1, Personenänderung § 66 Ziff. 1, Nebenkaution § 45 Ziff. 1.

§ 115. 1. **RG.** BayRpflZ. **06** 187, R. **06** 685. Wer Pfändung und Überweisung einer Eigentümergrundschuld erlangt hat, muß sich nach § 404 (mit § 1275) BGB. auch ohne entsprechenden Eintrag im Grundbuch (§ 1179 BGB.) den Einwand des Nachhypothekars gefallen lassen, daß diesem gegenüber sich der Subhastat (und Eigentümerhypothekar) vor der Pfändung persönlich verpflichtet habe, von der Eigentümergrundschuld nicht zu seinem, des Nachhypothekars, Nachteil Gebrauch zu machen. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 Abs. 1 BGB. schützt hierbei den Pfändungsgläubiger nicht. — Da diesem im Verteilungsverfahren nicht ein Barbetrag zugeteilt, sondern nur eine Forderung gegen den Ersteher nach § 118 übertragen war, so war im Urteil auszusprechen, daß diese Forderung dem siegenden Nachhypothekar zu übertragen sei. Vgl. § 48 Ziff. 1.

2. Die JDR. **4** § 115 Ziff. 5 erwähnte reichsgerichtliche Entscheidung, betreffend die beschränkte Zulassung auch obligatorischer Gründe im Widerspruchsverfahren, ist nun abgedruckt BayRpflZ. **06** 62. Vgl. Ziff. 12 unten.

3. ➠ **RG.** 4. 4. 06. 1. Es ist bedeutungslos, wenn der einer vorgehenden Post widersprechende Nachmann geltend macht, sie sei nur zum Schein an den in den Plan eingestellten Gläubiger übertragen worden. Wäre dies richtig, würde sie dem Nachmann doch nicht zukommen. 2. Gegen den Konkursverwalter, der eine Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners geltend macht, kann von

dem Nachhypothekar nicht eingewendet werden, daß dieser selbstschuldnerischer Bürge für den Gemeinschuldner sei, der Konkursverwalter also wider Treu und Glauben handle. Der Nachhypothekar mag eine Konkursforderung wegen der Bürgschaft haben, aber am Vorrang der Eigentümergrundschuld ändert das nichts. Über Legitimationsbekämpfung s. auch Ziff. 7 u. 9 unten. Red. ←

4. → **RG.** 11. 4. 06. Ist im Urteil Auszahlungsverfügung nach § 880 ZPO. nicht angängig, so muß nach Satz 2 dieses Paragraphen Anfertigung eines neuen Planes angeordnet werden. Red. ←

5. → **RG.** 19. 5. 06. A. hatte eine Kautionshypothek dem B. für alle seine Forderungen irgendwelcher Art verpfändet, sie aber später dem C. übertragen und das Kreditverhältnis dem B. gekündigt, es jedoch tatsächlich doch fortgesetzt. B. erhielt in der ZwV. einen Betrag für seine Forderungen aus diesem späteren Geschäftsverkehr auf die Kautionshypothek ausbezahlt. Er wurde aber von C. wegen grundloser Bereicherung auf Herauszahlung dieses Betrags mit Erfolg verklagt, weil die Verpfändung der Kautionshypothek an B. zwar die vor der Lösung des ursprünglichen Kreditverhältnisses von B. an A. gewährten Vorschüsse schützte, aber nicht die nach dessen Kündigung gegebenen. Red. ←

6. → **RG.** 13. 6. 06. Eine vor ZwV. erhobene Klage auf Hypothekvorrangsanerkennung war abzuweisen, weil Kläger es nach durchgeführter ZwV. und gänzlich veränderter Sachlage unterließen, neue, dieser Sachlage und ihrem Widerspruch im Teilungstermin entsprechende Anträge zu stellen. Red. ←

7. **RG. 62** 168. Legitimationsmangel des Vormanns allein ist kein genügender Widerspruchsgrund, selbst dann nicht, wenn der jedenfalls berechtigte Eigentümerhypothekar sich im Verteilungstermin nicht erklärt hat. — Die erst nach diesem Termin vom Nachhypothekar gegen den Eigentümerhypothekar erwirkte Hebungspfändung macht den Widerspruch des Erstgenannten gegen den Teilungsplan nicht nachträglich für den Verteilungsstreit wirksam. Mit diesem teilweise schon JDR. **4** § 115 Ziff. 4 erwähnten Urteil stimmt das Ziff. 3 obengenannte sowie OLG. Königsberg, SeuffA. **61** 254, hinsichtlich der unwirksamen Legitimationsanfechtung überein.

8. BayRpflZ. **06** 440 (Dresden u. Reinhardt). Wenn der Vollstreckungsrichter entgegen den Vorschriften der §§ 115, 124 ZVG. u. § 878 ZPO. einen erhobenen Widerspruch unberücksichtigt gelassen und z. B. die Eventualverteilung nach § 124 nicht vorgenommen hat, läuft die Frist des angezogenen § 878 Abs. 1 für die Widerspruchsklage nicht schon vom Terminstage, sondern von der nachträglich im Beschwerdeweg erfolgten Berichtigung des Teilungsplans an.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1167. Da nur die Klägerin gegen Einsetzung des Beklagten an erster Stelle Widerspruch erhoben hat, so steht das Vorrecht des Beklagten allen übrigen Beteiligten gegenüber für dieses Verfahren endgültig fest, seiner völligen Befriedigung steht nur der Widerspruch der Klägerin im Wege. Daraus ergibt sich ohne weiteres das Interesse des Beklagten an Bekämpfung jenes Widerspruchs. Diesen Kampf kann er auch mittels Bestreitung des Rechtes der Klägerin selbst führen, obschon er seinen eigenen Widerspruch gegen deren Anspruch mit eigener Klage nicht verfolgt hatte. Auch JW. **02** 170/30 steht dem nicht im Wege. Diese Entscheidung betrifft zunächst ein Mobiliarteilungsverfahren und steht daher obigen Ziff. 3 u. 7 betr. die Legitimationsbekämpfung wohl nicht entgegen.

10. BadRpr. **06** 295 (Karlsruhe). Da im vorliegenden Falle sowohl der Kläger wie der Beklagte die ihnen vorgehende (6.) Hypothek der Frau K. mit Erfolg nach dem Anfechtungsgesetz angefochten haben, gilt beiden gegenüber die der Frau K. bestellte Hypothek als nicht vorhanden. Eine weitere Wirkung hatte aber die Anfechtung der Hypothek nicht. Die Zeitfolge der siegreichen An-

fechtungsurteile ist nicht entscheidend. Folglich blieb im übrigen der Rang der Parteien als Zwangshypothekare an 7. u. 8. Stelle unberührt. Vgl. Jäger, AnfG. 72. Der Notar hat also mit Recht dem Beklagten im Teilungsplan den Vorrang vor dem Kläger gegeben.

11. SchlHolstAnz. **06** 4 (Kiel). Unterlassung des Widerspruchs schließt Bereicherungsklage nicht aus.

12. OLG. **13** 215 (Dresden). Im Widerspruchsprozeß nach § 878 ZPO. kann — von Kollusionsfällen abgesehen — nicht auf die Rechtmäßigkeit der dem Verfahren zugrunde liegenden vollstreckbaren Titel zurückgegangen werden. — Andererseits können darin unter Umständen auch persönliche Ansprüche geltend gemacht werden. Vgl. JW. **02** 170. S. auch Ziff. 2 u. 15.

13. SeuffA. **60** 381 (Marienwerder). Die sofortige Beschwerde gegen Aufstellung des Verteilungsplans ist wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 793 ZPO. zulässig, ohne daß es vorgängiger Erinnerungen nach § 766 daselbst bedarf. Die zweiwöchige Frist für sie beginnt, da der Teilungsplan nicht zuzustellen ist, in entsprechender Anwendung des § 98 mit dem Tage des Teilungstermins.

14. ZBlFG. **7** 40 (Dresden). Der weiteren Beschwerde dagegen, daß der Vollstreckungsrichter die von niemandem bekämpfte Sicherungshypothek des Beschwerdeführers für den Fall nicht geführten Nachweises seiner Forderung den Nachmännern zugeteilt hat, war stattzugeben, weil in Ermangelung eines Widerspruchs auch des Schuldners der Betrag der gewöhnlichen Sicherungshypothek (nicht Höchstbetragshypothek) ohne weiteres an den Gläubiger hätte ausbezahlt werden können. Es war aber neues Teilungsverfahren zur Beobachtung dieses Grundsatzes anzuordnen, weil doch noch kein genügender Urkundenbeweis für die Gläubigerrechte des Beschwerdeführers vorliegt. Vgl. § 119 Ziff. 2.

15. SächsRpflA. **06** 439 (Dresden). Nicht eingetragene Rangvereinbarungen sind an sich bei der Verteilung nicht zu beachten, abgesehen von der Frage, ob sie im Teilungsstreit als bloß obligatorische Verpflichtungen nach JW. **02** 179 berücksichtigt werden können. Vgl. Ziff. 2 u. 12.

16. SächsRpflA. **06** 560 (Dresden). Nachdem der Spar- und Vorschußverein die ZwV. für seine durch Sicherungshypothek gedeckte Forderung betrieben hatte, die Hypothek daher nicht in das geringste Gebot aufgenommen, sondern durch Zuschlag erloschen war, wurde der von ihm nicht in Anspruch genommene Betrag zu 1444,17 M. Eigentümerhypothek. Denn schon bei Eröffnung des ZwV.-Verfahrens oder doch spätestens bei der am 9. 11. 01 erfolgten Anmeldung war trotz der bis zum Versteigerungstage weiter laufenden leicht zu berechnenden Zinsen vorgenannter Minderbetrag völlig gewiß. SächsOLG. **23** 176 spricht von einer in das geringste Gebot aufgenommenen Höchstbetragshypothek und steht daher gegenwärtiger Entscheidung nicht entgegen.

17. SächsRpflA. **06** 227 (Dresden). An Stelle der nichtigen Scheinhypothek kann keine Eigentümerhypothek entstehen, die nachfolgenden Realgläubiger rücken in diesem Falle vor.

18. Eigentümerhypothek des Konkursverwalters § 114 Ziff. 1, kein Beschwerdeverfahren wegen Kulturrenten § 50 Ziff. 5, nichtvalutierte Grundschuld § 50 Ziff. 1.

§ 117. Hinterlegung gibt kein unbedingtes Recht § 114 Ziff. 2.

§ 118. 1. HessRspr. **7** 60, 126 (Darmstadt u. LG. Mainz) weichen in der hessisch-rechtlichen Streitfrage voneinander ab, ob der Hypothekgläubiger bei Anweisung in der ZwV. seine höheren Zinsen beanspruchen könne, oder sich mit den 4 pCt., die der Ersteher zu bezahlen habe, begnügen müsse. ⇛ Für Reichsrecht ist diese Frage auch nicht unzweifelhaft, aber im allgemeinen wohl dahin

zu entscheiden, daß für Zinsrückstände nach § 289 BGB. unverzinsliche, für Kapitalien immer nur 4prozentige Beträge zu übertragen sind. Red. ←

2. Aufrechnung § 107 Ziff. 1 und 2, Abänderung der Übertragung § 115 Ziff. 1, Übertragung schafft keine Zwangshypothek § 128.

§ 119. 1. Lindemann, R. **06** 739, bekämpft das Urteil des OLG. Karlsruhe (OLG. **11** 120), wodurch einer nicht in das geringste Gebot aufgenommenen, aber an sich zur Hebung kommenden Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek der Vorrang vor einer nachstehenden Hypothek abgesprochen wurde, und ist der Meinung, daß, wenn der Subhastat den Anspruch des vorgemerkten Berechtigten anerkennt oder zu solcher Anerkennung verurteilt ist, die Bedingung für das bis dahin bedingt gewesene Recht erfüllt und dies nun als Realrecht (rangmäßig) zu berücksichtigen sei. Für den Fall des Nichteintritts dieser Bedingung müsse die Eventualverteilung des § 119 Platz greifen.

2. PosMschr. **06** 20, R. **06** 386. Der auf eine Sicherungshypothek entfallende Teil des ZwVErlöses ist, soweit das Forderungsrecht nicht nachgewiesen wird, zu hinterlegen. Mit der Hinterlegung ist die Tätigkeit des Vollstreckungsrichters beendet, er darf nicht mehr auszahlen, selbst wenn ein Widerspruch nicht vorlag. Vielmehr müssen die Beteiligten nun ihre Rechte auf den Betrag selbst untereinander im Prozeßwege klarstellen. Lindemann, R. **06** 1364, bekämpft diese Entscheidung und schließt sich der des OLG. Cassel, OLG. **9** 381 (JDR. **3** § 115 Ziff. 3) an, wonach, wenn kein Widerspruch gegen den Bestand der in den Teilungsplan aufgenommenen Sicherungshypothek erfolgt, der Versteigerungsrichter den vollen Betrag an den eingetragenen Gläubiger ohne weiteres auszahlen muß. Vgl. auch o. § 115 Ziff. 14.

3. Zweck der §§ 119, 120 s. § 48 Ziff. 5, Bayer. Nebenkaution § 45 Ziff. 1.

§ 120. Vgl. zu § 119, keine Zwangshypothek § 128.

§ 122. Ideelle Teile § 18, sächs. Reallasten § 50 Ziff. 5.

§ 124. Unrichtiges Verfahren § 115 Ziff. 8.

§ 125. 1. *L. Fischer, Das Verfahren der ZwV. an einem Rechtsfalle dargestellt (4) 51. Ist der mit Bezug auf das bestehen bleibende, jedoch bestrittene, Recht Berechtigte unbekannt, so wird jetzt (abweichend von § 137 PrG. v. 13. 7. 83) der Widersprechende, falls er nicht imstande ist, die Löschung des stehenbleibenden Rechtes durch den Nachweis seines Nichtbestehens auf andere Weise zu erreichen (vgl. §§ 22, 54 GBO.), gegen die unbekannten Berechtigten im Klagewege vorgehen müssen, wozu ihm § 1913 BGB. eine Handhabe bietet.

2. BreslauAK. **06** 47 (Breslau). Das Verfahren des § 125 findet nur dann Anwendung, wenn spätestens im Verteilungstermin das Nichtbestehen der in das geringste Gebot aufgenommenen Hypothek geltend gemacht wird. Nachher ist nur die Bereicherungsklage zulässig. Diese ist begründet, wenn nachgewiesen wird, daß die stehengebliebene Hypothek auf dem nunmehr subhastierten Grundstück dadurch erloschen ist, daß dafür in einem älteren Subhastationsverfahren nach der PrSubhO. v. 8. 5. 55/12. 3. 69 § 56 auf den damals zwangsversteigerten anderen mitverpfändeten Grundstücken Ersatzhypothek eingetragen und diese nachträglich bezahlt wurde. — In diesem Falle kann der neue Ersteher in der Teilungszwangsversteigerung gegen das Zahlungsverlangen des einen früheren Miteigentümers den Einwand der Arglist dann nicht erheben, wenn dieser dem Zahlungsverzicht der anderen Miteigentümer nicht ausdrücklich zugestimmt hat.

3. S. § 128.

§ 127. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Dem Vollstreckungsgerichte liegt es aber nicht ob, die Briefe über die erloschenen Posten zu ermitteln und zwangsweise einzuziehen. Wird Mißbrauch mit einem solchen Briefe getrieben, so ist

das jedenfalls dem Ersteher und den späteren Grundeigentümern unschädlich, weil jedem Erwerber der erloschenen Hypothek deren Löschung im Grundbuch und zuvor schon der eingetragene Versteigerungsvermerk entgegensteht (649).

§ 128. R. **06** 1443 (Dresden). Die gerichtliche Übertragung nach §§ 118, 120, 125, 128 ist nicht als Zwangshypothek im Sinne des § 866 ZPO. anzusehen.

§ 130. 1. Saß, ZBlFG. **6** 831. Es gehört nicht zu den Dienstobliegenheiten des Grundbuchamts, die Briefe über Rechte, die durch ZV. erloschen sind, mit Löschungsvermerk zu versehen.

2. Tücking, R. **06** 1353, bekämpft zwar nicht grundsätzlich die kammergerichtliche Entscheidung OLG. **4** 376 (JDR. **2** § 130 Ziff. 2), wonach der Vollstreckungsrichter nicht für entsprechende Löschung der Gesamthypothek auf den nicht versteigerten Grundstücken zu sorgen hat, befürchtet aber von ihrer allgemeinen Anwendung, besonders auch in Fällen vereinbarten Stehenbleibens nach § 91 und im Hinblick auf §§ 1181, 1182 BGB. nachteilige Verdunkelung des Sachverhalts und empfiehlt daher, daß der Vollstreckungsrichter die getilgten Hypothekenbeträge, die Zeit der Tilgung &c. dem Grundbuchrichter so genau wie möglich mitteilt und daß der letztgenannte von Amts wegen und in entsprechender Anwendung der §§ 1145 BGB., 49, 22 GBO. durch Vermerke auf den Hypothekenbriefen, Löschungseinträge oder Vormerkungen usw. für Richtigstellung des Sachverhaltes sorgt.

3. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Im preuß. Rechte war die Befugniß des Vollstreckungsgerichts, Eintragungsbewilligungen des Erstehers entgegenzunehmen, ausdrücklich anerkannt. Auch das ZVG. erwähnt wenigstens im § 91 Abs. 2 die Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Erstehers über das Bestehenbleiben einer an sich auszuzahlenden Post. Die sachliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts für solche Beurkundungen ist mindestens da ohne jedes Bedenken, wo nicht das Landesrecht den Amtsgerichten die Urkundsgeschäfte gänzlich entzogen hat. Wo dies aber geschehen ist, wie in Bayern und Baden, verliert die Streitfrage wiederum ihre Bedeutung, wenn dort die Verteilung des Erlöses gemäß EGZVG. § 13 an Stelle des Gerichts einem Beamten (Notar) übertragen ist, der gleichzeitig Urkundsgeschäfte vornehmen darf (652). ➸ In Bayern verteilt das AG. Red. ⟵

4. Vgl. § 91 Ziff. 1, 3, 5.

§ 131. Über den Hypothekenbrief vgl. §§ 130, 91 Ziff. 1 und 138.

§ 138. *L. Fischer, Das Verfahren der ZwV. an einem Rechtsfalle dargestellt (4) 54. Die Vorschrift gilt auch für den Fall, daß der Erstberechtigte den Brief nicht vorlegen kann. Falls der Erstberechtigte, der auf Grund der allgemeinen Vorschriften (§ 1162 BGB.) das Aufgebot betreiben kann, sich untätig verhält, so muß der Zweitberechtigte auf Grund des § 138 das Aufgebot betreiben dürfen.

§ 144. 1. BayRpflZ. **06** 426. Im Falle einer Antragstellung nach § 144 ist die $^3/_{10}$ Gebühr nach Art. 9 BayGebG. zu erheben.

2. Erlösanspruch eines Dritten § 37 [5] Ziff. 12.

§ 145. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Eine gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher und ein amtliches Ersuchen um Eintragung der Sicherungshypotheken für diese Forderung ist bei außergerichtlicher Verteilung des Erlöses unzulässig (bestritten, vgl. Jaeckel Anm. 4 zu ZVG. § 145). Die Beteiligten können nur rechtsgeschäftlich die Forderung in entsprechenden Bruchteilen einander abtreten und dann auf Grund des vollstreckbaren Zuschlagsbeschlusses Zwangshypotheken gemäß ZPO. § 867 durch unmittelbar bei dem Grundbuchamte zu stellende Anträge erwirken. Diese Zwangshypotheken sind aber gegen

einen späteren Erwerber des Grundstücks nicht vollstreckbar. Sie können ferner, anders als die durch Ersuchen des Vollstreckungsgerichts geschaffenen Hypotheken, nicht mit dem bisherigen Range des erloschenen Rechtes, an dessen Stelle sie treten, eingetragen werden. Sie sind endlich unzulässig für alle kleineren Ansprüche bis zu 300 M.; der oft besprochene Beschluß der RTK. zu § 866 ZPO. führt hier also (gewiß unbeabsichtigt) dahin, daß gerade den kleinen Ansprüchen, z. B. den Lohnforderungen der landwirtschaftlichen Arbeiter, bei außergerichtlicher Teilung des Erlöses die dingliche Sicherung ganz versagt werden muß (654).

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

Vorbemerkung: Der Rechtsverkehr hat Wege gefunden, die absichtlich abgeschaffte Einrichtung der Pfandnutzung (preuß. Antichrese) durch Bestellung von Nießbrauchsrechten für dingliche oder persönliche Gläubiger wieder einzuführen. Dadurch entstehen mancherlei Streitfälle zwischen den einzelnen Beteiligten, z. B. dann, wenn der Nießbraucher aus den Mieterträgnissen die Hypothekzinsen nicht zahlt oder erstere dazu verwendet, sich die Abtretung vorgängiger Hypothekzinsen mit ihrem Vorrang zu verschaffen. Dem kann an sich von den Nachmännern nach § 1047 BGB. nicht entgegengetreten werden (Urt. des OLG. Breslau v. 14. 3. 06, bestätigt vom **RG.** 13. 2. 07). Besondere Schwierigkeiten machen, wie sich aus nachstehenden Entscheidungen und Abhandlungen ergibt, derartige Nießbrauchsbestellungen auch für den Fall der ZwVerw. Selbstverständlich kann die Beschlagnahme zum Zwecke der ZwV. die endliche Ordnung der verwickelten Sache in die Wege leiten.

§ 146. 1. Flachs, ZBlFG. **6** 744. Eine Verfügung nach § 573 Satz 1 BGB. ist auch die der §§ 146, 148. Sie bleibt also dem Ersteher gegenüber in Kraft. Der ZwVerwGläubiger braucht daher dem Ersteher nur nach dem Zeitablauf des § 573 aaO. zu weichen (§ 57). Der Zwangsverwalter hat daher für den noch nicht befriedigten, die ZwVerw. betreibenden Gläubiger auch die Mieten für das beim Zuschlag laufende und folgende Vierteljahr noch einzuziehen. Solange dieser Gläubiger unbefriedigt ist oder sonstige Vorausverfügungen des Vermieters vorliegen, darf vor Ablauf des dem Zuschlag folgenden Mietvierteljahrs die ZwVerw. nicht aufgehoben werden, sondern muß der Zwangsverwalter die Mietzinse noch erheben und nach Maßgabe des § 1124 Abs. 2 BGB. dem die ZwVerw. betreibenden Gläubiger oder den durch sonstige Vorausverfügungen des Schuldners beteiligten, oder beim Mangel solcher oder nach Befriedigung des ZwVerwGläubigers dem Ersteher auszahlen. Dagegen Lafrenz, ZBlFG. **7** 1.

2. *Grohmann, SächsRpflA. **06** 414—419. Fast alle Kommentatoren des ZVG. lehren, der Besitz des Nießbrauchers gehe dem später erworbenen Besitze des Zwangsverwalters sogar dann vor, wenn der Nießbrauch hinter der Hypothek des betreibenden Gläubigers im Grundbuche eingetragen worden sei; infolgedessen dürfe die ZwVerw. nicht angeordnet und müsse sofort wieder aufgehoben werden, wenn sich herausstelle, daß vor ihrer Anordnung das Grundstück mit einem Nießbrauche belastet worden ist. Natürlich wäre es ein bequemes Mittel für einen notleidenden Grundstückseigentümer, eine drohende ZwV. dadurch zu vereiteln und die Früchte des Grundstücks noch eine Weile, bis zum Zuschlage in der ZwV. zu ziehen, wenn er rasch für irgendeinen Strohmann einen Nießbrauch eintragen ließe. Grohmann weist nach, daß diese herrschende Ansicht der ZwVKommentatoren falsch ist, daß nicht die Tatsache des älteren Besitzes, sondern der Rang des Nießbrauchsrechtes entscheide, daß also der Nießbraucher dem Zwangsverwalter weichen müsse, wenn er schlechteren Rang als der betreibende Gläubiger habe und daß namentlich § 809 ZPO. unanwendbar sei.

3. Reiche-Groze, DJZ. 06 960, will der Bestellung des Nießbrauchs an einem vermieteten Grundstück nicht ohne weiteres die Bedeutung und Wirkung einer Verfügung über die Mietzinsforderungen zuerkennen, insbesondere auch nicht der ZwV. und ZwVerw. gegenüber.

4. LG. II Berlin, KGBl. 06 30. Es ist unzulässig, den Beschluß auf Einleitung der ZwVerw. mit Rücksicht auf ein auf dem Grundstück eingetragenes Nießbrauchsrecht beschränkt zu erlassen; das ZVG. kennt eine beschränkte Einleitung des ZwVerwVerfahrens nicht. Immerhin kann das Vollstreckungsgericht den Zwangsverwalter auf seine Beschränkung durch den bestehenden Nießbrauch hinweisen.

5. du Chesne, SächsRpflA. 06 118. Bei bestehendem Nießbrauch ist zur Einleitung der ZwVerw. Zustimmung des, wenn auch im Range nachgehenden, Nießbrauchers oder Duldungsurteil gegen ihn in der Regel nötig. Vgl. hiermit übereinstimmend LG. Dresden ebenda 206 und Groze 214 daselbst, der als Hilfsmittel gegen Nießbrauch die einzutragende Vollstreckbarkeit der Hypotheken nach §§ 727, 794 Ziff. 5, 800 ZPO. empfiehlt. Dagegen ist Grohmann aM. s. o. Ziff. 2.

6. Leschinsky, DJZ. 06 175 (R. 06 838), erkennt die Zulässigkeit einer ertragslosen ZwVerw., also einer ZwVerw. bei bestehendem Nießbrauchsrechte (auch Sicherungsnießbrauch zum Zwecke der Schuldentilgung) an und findet deren Aufgabe in Wahrung der Substanz des Grundstücks (z. B. gegen Immissionen, gefährdende Anlagen, Grenzverwirrungen), in Bekämpfung eines nichtigen Nießbrauchs und in Überwachung des Verhaltens des Nießbrauchers, z. B. bei Erhaltung des Grundstücks und Berichtigung seiner Lasten. Er befürwortet Einleitung der ZwVerw. ohne Rücksicht auf den, wenn auch eingetragenen, Nießbrauch, gibt dem Nießbraucher aber ein Beschwerderecht dagegen und empfiehlt Anberaumung eines Termins für die Beteiligten, worin das Bestehen des Nießbrauchs und dann die vorbezeichneten durch die Befugnisse des Nießbrauchers beschränkten Rechte des Zwangsverwalters festgestellt werden. Vgl. auch § 148 Ziff. 2.

7. ⇛ RG. 12. 12. 06 hat, weil die Wandelungsklage des Rentengutserwerbers überhaupt unbegründet, die Rentenforderung des Fiskus berechtigt war, somit dem Kläger aus deren Beitreibung im Verwaltungswege kein Schaden erwuchs, den Ausspruch des OLG. Marienwerder, daß das ZwVerwVerfahren wegen Nichtzahlung der Renten im Verwaltungswege einzuleiten sei, dahingestellt gelassen, aber entschieden, daß über etwaige Mängel des Verfahrens der Verwaltungszwangsvollstreckung der Rechtsweg nach § 2 Abs. 2 PrVO. v. 15. 11. 79 ausgeschlossen und nur die Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde zulässig sei. Red. ⇚

8. SächsRpflA. 06 442 (Dresden). Die Gleichsetzung der Mietzinspfändung mit rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters über Mietzinse im Sinne des § 573 BGB. erleidet keine Ausnahme, wenn es sich um ein im Zustande der ZwVerw. befindliches Grundstück handelt.

9. Unzulässigkeit der ZwVerw. gegen den bloß Vorgemerkten § 17 Ziff. 4.

§ 148. 1. R. 06 449 (Stettin). An ein zufolge der Beschlagnahme und Verfügungsbeschränkung des Schuldners dem Zwangsverwalter und dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksames Rechtsgeschäft des Schuldners ist dieser gebunden; es gelangt mit Aufhebung der ZwVerw. zur Wirksamkeit.

2. Krüger, DJZ. 06 707 (R. 06 838), erörtert die bisherige Rechtsprechung über das Verhältnis zwischen Nießbrauch und ZwVerw. und stellt im Anschluß an ein Urteil des LG. I Berlin folgende Sätze auf: Der Zwangsverwalter ist berechtigt, den Nießbraucher zur gesetzlich vorgeschriebenen Verwendung der Grundstückseinkünfte anzuhalten, bzw. von ihm die Zustimmung zu einer derartigen Verwendung zu verlangen. Hiernach bedarf der betreibende

Hypothekgläubiger keines Titels gegen den Nießbraucher, den er in Ausübung seines Rechtes gar nicht stören will. Der Schutz der Rechte des Gläubigers wird gewährleistet durch § 870 BGB., §§ 148, 150 ff. ZVG. in Ansehung der dem mittelbaren Besitzer, daher auch dem Zwangsverwalter, vor allem aus den §§ 1039 ff. BGB. dem Nießbraucher gegenüber verbleibenden Rechte.

3. OLG. **12** 69 (KG.). Der Zessionar der am nächsten Vierteljahrsersten fällig werdenden Mietzinse braucht als Nichtbeteiligter nicht Widerspruch gegen den Verteilungsplan im ZwVVerfahren, in den diese Zinse mit aufgenommen sind, zu erheben, sondern kann gegen den Zwangsverwalter sofort mit der Klage des § 771 ZPO. vorgehen.

4. SächsRpflA. **06** 235 (Dresden). Das Pfändungsverbot des § 865 Abs. 2 ZPO. gilt nicht nur zugunsten des betreibenden Gläubigers. Eine nach Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw. erfolgte Mietzinspfändung äußert keinerlei Wirkung, insbesondere nicht die durch § 57 Satz 1 verbunden mit § 573 BGB. und durch die Rechtsprechung einer im Wege der ZwVollstreckung erlangten Verfügung beigelegte.

5. BreslauAK. **06** 29 (Breslau). Wie die Erzeugnisse eines Grundstücks von der Haftung frei werden, wenn sie vom Grundstücke durch Veräußerung entfernt sind, so wird die Mietforderung von der Haftung frei, wenn über sie z. B. durch Pfändung verfügt ist, bevor die Beschlagnahme erfolgt ist. Durch den nachträglichen Verzicht des Pfandgläubigers oder Zessionars auf ihre Rechte erlangt der Zwangsverwalter kein Recht auf solche, wenn auch mit Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegte, Mietzinse. Vgl. weiteren Inhalt des U. § 57 Ziff. 6.

6. *Ohmeyer, Unternehmen als Rechtsobjekt 43 ff., 50 ff. Aus § 152 folgt, daß die ZwVerw. land- und forstwirtschaftlicher Liegenschaften zugleich mit dem verhafteten Grundstücke auch den Betrieb, das wirtschaftliche Unternehmen ergreift, da dessen Fortbestand ohne das Reale schlechthin ausgeschlossen ist. Die Realisierung des Rechtes des Realgläubigers ist hier untrennbar mit dem Zugriff auf den land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb verbunden. Anders bei den Grundstücken, welche einem Gewerbebetriebe nicht land- oder forstwirtschaftlicher Gattung dienen. Da dem Realgläubiger lediglich das Grundstück (dessen Miet- oder Pachtwert) haftet, perzipiert er im Zwangsvollstreckungsverfahren ausschließlich den Grundstücksertrag, während ihm die Befriedigung aus dem (industriellen) Unternehmen als solchem nicht offen steht. Um den Miet- und Pachtwert des Grundstücks zu perzipieren, kann der Zwangsverwalter mit demjenigen, der das Grundstück zu seinem Gewerbebetriebe benötigt, einen Vertrag abschließen, er kann dies auch dann tun, wenn der Verpflichtete selbst Unternehmer ist, im letzteren Falle bedürfte es freilich der entsprechenden Kautelen, um das Eingehen des Mietzinses zu sichern.

7. Vgl. auch §§ 57, 146, 152.

§ 150. Mittelbarer Besitz des Zwangsverwalters § 148 Ziff. 2.

§ 152. 1. ➳ **RG.** 28. 4. 06. Verlangt der Zedent einer in der ZwV. ausgefallenen Hypothek vom Zessionar Zahlung der Zessionsvaluta, so kann der Beklagte gegebenenfalls daraus, daß der klagende Zedent als Zwangsverwalter durch schlechte ZwVerw. den Ausfall verschuldet habe, zwar Einreden ableiten, aber nur so, daß er schuldhafte Entwertung des Grundstücks durch den Kläger dartut und mit einem bestimmten Schadensbetrag aufrechnet. Red. ⟵

2. Wolff, PrVerwBl. **28** 245. Der Zwangsverwalter ist verpflichtet, die observanzmäßige Straßenreinigung auszuführen, ausgenommen, es wären Überschüsse im Sinne des § 155 Abs. 2 nicht zu erwarten.

3. OLG. **13** 239 (KG.). Der Hypothekgläubiger ist auch nicht als betreibender Gläubiger der ZwVerw. berechtigt, den Nießbraucher zur Zahlung der

Hypothekzinsen mittels Klage oder Antrags auf einstweilige Verfügung anzuhalten. Nicht er hat die Rechte des Eigentümers gegenüber dem Nießbraucher wahrzunehmen, sondern der Zwangsverwalter, dessen Aufgabe sich bei bestehendem Nießbrauch gerade darauf und auf die Aufsicht über die Verwaltung des Nießbrauchers beschränkt (OLG. **11** 134). S. auch die Vorbem. vor § 146.

4. Aufgaben des Zwangsverwalters § 146 Ziff. 1, 4, 6, § 148 Ziff. 2, 5, 6, kein Auslösungsrecht § 75, Rohbaukosten und Gebühren § 10 Ziff. 1, Anfechtung § 161 Ziff. 2.

§ 153. 1. BayRpflZ. **06** 428 (LG. München I). Die vom Zwangsverwalter geleistete Sicherheit kann ihm ohne Zustimmung der Beteiligten oder Urteil gegen sie nicht zurückgegeben werden.

2. Gebühren s. § 10 Ziff. 1.

§ 154. Verantwortlichkeit des Zwangsverwalters § 152 Ziff. 1.

§ 155. Auslagen § 10 Ziff. 1.

§ 156. Kein Teilungswiderspruch des Mietzinszessionars § 148 Ziff. 3.

§ 160. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Eine außergerichtliche Verteilung ist auch im Zwangsverwaltungsverfahren zugelassen; auf sie sollen die Vorschriften der §§ 143—145 „entsprechende Anwendung" finden (ZVG. § 160). Wie diese entsprechende Anwendung geschehen soll, ist aber unklar und streitig. Zunächst muß jedenfalls der Fall des § 144 (außergerichtliche Befriedigung der Berechtigten durch den Ersteher) ganz ausscheiden, da es einen „Ersteher" bei der ZwVerw. nicht gibt. Es kommt also überhaupt nur der Fall des § 143 (außergerichtliche Einigung der Beteiligten) in Frage. Aber auch hier läßt sich nicht annehmen, daß durch die außergerichtliche Einigung der Beteiligten die Mitwirkung des Gerichts bei der Verteilung der Einnahmeüberschüsse vollständig entbehrlich werden könnte. Dem Zwangsverwalter kann nicht zugemutet werden, daß er die Rechtswirksamkeit der außergerichtlichen Einigung prüfe und die in ihr bestimmten Auszahlungen auf eigene Verantwortung leiste. Eine gerichtliche Anordnung der Zahlung ist also unter allen Umständen erforderlich und die außergerichtliche Einigung kann deshalb keine andere Wirkung haben, als daß sie den gerichtlichen Teilungsplan und einen besonderen Verteilungstermin entbehrlich macht. Soweit Zahlungen auf die Kapitalforderung des betreibenden dinglichen Gläubigers entfallen, wird trotz der außergerichtlichen Einigung auch der gerichtliche Zahlungstermin stattfinden müssen, weil das Gericht sonst außerstande wäre, das ihm obliegende Ersuchen um Grundbuchberichtigung zu erlassen (666).

§ 161. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang. Eine einstweilige Einstellung der ZwVerw. wird im Gesetze nicht erwähnt. Daß sie zulässig ist, kann aber nicht bezweifelt werden. Zunächst ist an die Fälle zu denken, in denen nach der ZPO. durch Beschluß des Prozeßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts die ZwVollstreckung einstweilen eingestellt wird, weil über einen Widerspruch des Schuldners oder eines Dritten, über Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel oder gegen den im Urteile festgestellten Anspruch selbst entschieden werden soll. Ferner kann auch dem Gläubiger das Recht nicht wohl verschränkt werden, wenigstens einmal die einstweilige Einstellung des Verfahrens zu bewilligen. Die Einstellung läßt die Wirkungen des Einleitungsbeschlusses, insbesondere die Beschlagnahme sowie das Besitzrecht und die Verfügungsmacht des Verwalters, unberührt. Sie kommt nur dadurch zum Ausdrucke, daß das Gericht den Verwalter anweist, mit den planmäßigen Zahlungen innezuhalten. Laufende Zinsen und Abgaben, die der Eigentümer auch dann zu entrichten hätte, wenn die ZwVerw. nicht schwebte, werden aber gleichwohl fortgezahlt werden müssen. Die „Einstellung" des ZwVerw. Verfahrens ist deshalb von zweifelhaftem Werte.

Ob das eingestellte Verfahren nur auf Antrag fortzusetzen ist, ob die Einstellung wiederholt bewilligt werden darf und ob auch für sie die sechsmonatige Zeitgrenze gilt, bleibt bei dem Schweigen des Gesetzes ungewiß (667).

2. BraunschwZ. 06 134 (Braunschweig). Der Zwangsverwalter kann unter Umständen auch noch nach Aufhören der ZwVerw. Prozesse zu Ende führen, wenn das Vollstreckungsgericht dies, wenn auch nur stillschweigend, genehmigt. Zur Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz ist der Zwangsverwalter nicht berechtigt. Vgl. IDR. 4 § 152 Ziff. 2, § 161 Ziff. 2.

3. Aufhebung § 146 Ziff. 1, deren Wirkung § 148 Ziff. 1.

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. *Samter, R. 06 214. Die Sondervorschriften der §§ 162 ff. finden auch auf eingetragene Schiffe Anwendung, die Zubehör einer Hauptsache sind. Diese Eigenschaft bleibt im Verfahren außer Betracht und müssen bezügliche Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Hauptsache durch Widerspruch im Erlösverteilungstermine geltend gemacht werden.

§ 164. *Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner 112. Mit „Schuldner" ist der Schiffseigner gemeint im Satz 1.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 180. 1. ⇛ RG. 22. 11. 06. Ein Übereinkommen zwischen den Teilhabern, daß der eine durch niedriges Gebot den Zuschlag erlangen und außergerichtlich dem anderen einen Mehrbetrag für dessen Anteil zahlen soll, verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten, da die Teilhaber jederzeit berechtigt sind, von einem Teilungs-ZwVVerfahren ganz oder teilweise wieder abzugehen. Ein solches Übereinkommen ist auch nicht formbedürftig nach § 313 BGB. a) Eine Absicht der Gebührenhinterziehung war in diesem Falle nicht ersichtlich, sie würde aber auch das Abkommen kaum zu einem wider die guten Sitten und Gesetze verstoßenden gemacht haben, da die staatlichen Gebührengesetze — vgl. z. B. § 127 PrGKG. — für Fälle des Zuschlags unter Wert meist Fürsorge getroffen haben. b) In obigem Falle hatte der betreibende Teilhaber zu ½ vom hypothekfreien anderen Miteigentümer Bietungssicherheit zuerst verlangt und diese war vom Vollstreckungsgericht gemäß § 68 Ziff. 3 auf den Betrag der Hälfte des Gebotes festgesetzt worden. Obwohl dies Verfahren weder durch Beschwerde noch im nachfolgenden Rechtsstreit über obiges Übereinkommen angegriffen worden ist, muß es doch als bedenklich erscheinen, den nicht betreibenden Miteigentümer einem mit Recht mit hoher Sicherheitsleistung bedrohten mitbietenden Schuldner gleichzustellen. Vgl. v. d. Pfordten, ZVG. § 184 Anm. 2, Fischer-Schäfer zu § 184 u. Bem. 4 zu § 180 gegen Wolff, Jaeckel, Reinhard. Red. ⇚

2. ElsLothZ. 05 173 (Colmar). Ein Stockwerkseigentümer kann ohne Zustimmung der Mitbeteiligten die Teilungsversteigerung nicht beantragen. Für den Vollstreckungsrichter ist bei Prüfung der Frage, ob Stockwerkseigentum vorliegt, allein die Eintragung im Grundbuch maßgebend.

3. PucheltsZ. 06 606 (Colmar). Eine Klage auf Vornahme der Teilung durch ZwV. ist nur dann zulässig, wenn Naturalteilung nach § 752 BGB. ausgeschlossen ist. Dies braucht aber auch bei einer Mehrheit nach Größe, Kulturart und Lage verschiedener Grundstücke nicht immer der Fall zu sein.

4. Hachenberg, DIZ. 06 299, regt Zweifel an gegen die in IDR. 4 § 180 Ziff. 1 erwähnte Entscheidung RG. 60 306 betr. das Übergangsrecht für französisch-rechtliches Miteigentum.

5. SeuffBl. **06** 426 (LG. München I). Auch zur Teilungssubhastation ist Beitritt nach § 27 möglich und zulässig.

6. MecklZ. **24** 238 (Rostock). Der Antrag eines Miteigentümers eines (hochwertigen) zum Zwecke der ZwV. für einen Gläubiger zu $1/2$ beschlagnahmten Grundstücks, seinen Beitritt zuzulassen und die ZwV. des Grundstücks teilungshalber anzuordnen, war abgewiesen und die Beschwerde zurückgewiesen worden. Die Gebühren der Beschwerde wurden gemäß §§ 8, 45 RGKG. und nach allgemeinen Grundsätzen unter Nichtanwendung des (den §§ 124, 135 PrGKG. nachgebildeten) § 105 MecklGebG. nach dem Werte des der ZwV. unterstellten halben Gutsanteils berechnet.

7. Über Zuschlagsvertagung § 87 Ziff. 1, erloschene Hypothek § 125 Ziff. 2, Vernehmung der Beteiligten § 15 Ziff. 2.

§ 182. ElsLothNotZ. **06** 21, ZBlFG. **6** 528, R. **06** 809 (Colmar). Abs. 1 ist im Sinne eines Rangverhältnisses nach § 879 BGB. zu verstehen, wie auch die Mehrheit der Ausleger anerkennt. Sonach hat der Notar mit Recht die Hypotheken vom 2. 5. 03 und 4. 3. 04 bei Festsetzung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt, da sie den Anteil der (nicht betreibenden) B. allein belasten und keine Rechte vorliegen, denen sie vorgingen oder gleichstünden.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

§ 1. 1. BayRpflZ. **06** 21 (München). Nachdem am 9. 2. 05 die Beschlagnahme, am 1. 5. 05 die Grundbuchanlegung erfolgt ist, gelten für die Formen und Wirkungen des Vollstreckungsverfahrens nach §§ 1, 15 EGZVG. noch die Vorschriften der alten Subhastationsordnung, für die Rechte der Hypothekengläubiger seit Grundbuchanlegung aber die des BGB. Jedoch entscheidet sich nach älterem ZwVRechte die Frage über Haftung sonstiger Sachen neben dem Grundstück (vgl. Planck Anm. 11 zu Art. 192 EGBGB.). Nach bayerischem Subhastationsrechte haften aber alle nach der Beschlagnahme anfallenden Gutserzeugnisse, insbesondere angebaute Kartoffel und der daraus gewonnene Rohspiritus den Hypothekgläubigern. Vgl. auch u. § 15 Ziff. 1.

2. Fromherz, BadRpr. **06** 41, bespricht die Schwierigkeiten und Streitfragen bei ZwV. in ein geschlossenes badisches Hofgut, das in 2 Gemarkungen liegt, für deren eine erst das Grundbuch angelegt ist. Er ist der Meinung, daß die ZwV. nach dem Rechte erfolgen müsse, in dessen Gebiet zum überwiegenden Teile das Hofgut liegt.

§ 2. Vgl. o. im ZVG. landesrechtliche Besonderheiten und zwar: Bay. Schutzfolium § 1 Ziff. 3, nass. Zustellungsempfänger § 3, Altenteiler § 9 Ziff. 1, öffentliche Lasten § 10, preuß. Grundstückszuschreibung § 16 Ziff. 4, elsloth. Vollstreckungstitel § 16 Ziff. 1, bay. Eigentumsvormerkung § 17 Ziff. 4, bad. grundbuchamtliches Zeugnis § 17 Ziff. 3, bay. Bruchteilseigentum § 17 Ziff. 2, hess. Beisaß § 44 Ziff. 4, bay. Nebenkautionen, desgl. sächsbad. §§ 45 u. 50 Ziff. 3 u. 4, sächs. Kulturrenten § 50 Ziff. 5, mecklb. Obereigentum § 91 Ziff. 6, französ.-rechtl. Verwendungen § 93 Ziff. 3, hess. Überweisungen § 118 Ziff. 1, elsloth. Stockwerkseigentum § 180 Ziff. 2, franz. Miteigentum § 180 Ziff. 4, mecklb. Beschwerdegebühren § 180 Ziff. 6. S. auch u. § 13 und über Bergwerke § 10 Ziff. 10 ZVG.

§ 9. Altenteil § 9 Ziff. 1 ZVG., Doppelausgebot wegen Dienstbarkeiten § 59 Ziff. 3 ZVG.

§ 13. 1. BayObLG., BayRpflZ. **06** 209. Die für das bayerische Versteigerungsprotokoll zu erhebende Gebühr ist erst fällig, wenn der Zuschlag erteilt ist. Das Versteigerungsverfahren und der Zuschlag bilden nach BayGebG. ein untrennbares Ganzes. Die nach diesem Gesetz (Art. 10 Abs, 1) zu entrichtenden Gebühren müssen hiernach als Gebühren für den Zuschlag im Sinne des § 58 ZVG. angesehen werden, die dem Ersteher zur Last fallen. Dies gilt sowohl von der an die Staatskasse zu zahlenden Vertragsgebühr und der örtlichen Besitzveränderungsabgabe als auch von den für die Versteigerung im Falle des Zuschlags dem Notar zu zahlenden Gebühren. Die Gebühren des Notars verjähren nach § 196 Ziff. 15 BGB. in 2 Jahren. Zinsen aus dem Rückstand seiner Versteigerungsgebühr kann der Notar im bayerischen Kostenfestsetzungsverfahren nicht geltend machen. Vgl. auch o. § 58.

2. BayRpflZ. **06** 250 (LG. u. OLG. München). a) Gebühren für Hinterlegung des Versteigerungserlöses bei dem bayerischen Notar fallen nicht der Masse zur Last. b) Von der Verpflichtung zur Verzinsung des Bargebots wird (nach § 49 ZVG.) der Ersteher durch Hinterlegung befreit. Die Einzahlung beim bayerischen Notar hat aber nicht die Wirkung einer solchen Hinterlegung.

3. ElsLothNotZ. **06** 115 (Colmar). Der elsaß-lothringische Notar muß sich wegen seiner Gebühren und Auslagen, sofern er sie nicht aus dem Versteigerungserlös erheben kann, an die Staatskasse halten.

§ 15. 1. BayRpflZ. **06** 127 (LG. München). Der § 15 ist nicht nur Verfahrensvorschrift, sondern hat auch materiell-rechtliche Bedeutung. Wurde während des bayerischen Subhastationsverfahrens das Grundbuch angelegt, so konnte der durch Annuitätenzahlung getilgte Kapitalsbetrag nicht Eigentümerhypothek werden.

2. Vgl. auch o. § 1 Ziff. 1 EGZVG.

Konkursordnung.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

Literatur: Fuld, Die Behandlung von Insertionsaufträgen im Konkursverfahren, R. **05** 676—677. — Simonson, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, GruchotsBeitr. **50** 43—64.

§ 1. 1. SächsOLG. **27** 454. Von dem Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehörte, bilden die der Zwangsvollstreckung entzogenen Gegenstände nach § 1 Abs. 1 KO. keinen Teil der Konkursmasse. Dem Gemeinschuldner ist daher unbenommen, seine Rechte bezüglich dieser Gegenstände, wie gegen Dritte, so auch gegen den Konkursverwalter im Klagewege zur Geltung zu bringen.

2. R. **06** Ziff. 1836 (Dresden). Alles, was die Aktiengesellschaft erwirbt, also auch jeder Regreßanspruch gegen den Aufsichtsrat, gehört zu ihrem selbständigen Vermögen, das unbeschränkt den Gläubigern haftet, also auch zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter ist zur Geltendmachung dieses Regreßanspruchs befugt.

3. R. **06** Ziff. 2151 (Dresden). Die Forderung auf Gewährung eines versprochenen Darlehens gehört nicht zur Konkursmasse.

4. **RG. 62** 46. Ein zugunsten der Erben geschlossener Lebensversicherungsvertrag gehört zum Nachlaß des Versicherungsnehmers, er fällt daher bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses in die Nachlaßmasse.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 255. Falls über das Vermögen des Bezogenen der Konkurs eröffnet wird, muß der Wechsel mangels Zahlung beim Kridar, nicht beim Konkursverwalter protestiert werden.

6. **RG.** JW. **06** 316. Der Konkursverwalter ist aktiv legitimiert, wenn er Klage gegen jemand erhebt, der sich vor Eröffnung des Verfahrens dem späteren Gemeinschuldner gegenüber verpflichtet hat, eine Tätigkeit in bestimmter Richtung zu entwickeln, namentlich die Überwachung der eingehenden Gelder zu besorgen und seiner Verpflichtung zuwider das ihm geschenkte Vertrauen dazu benutzt hat, unter Benachteiligung der Konkursgläubiger sich aus den eingehenden Geldern für seine Forderung zu befriedigen.

7. *Siméon, Recht und Rechtsgang 523. Streitig ist, ob der Gemeinschuldner, um die Freigabe eines zur Masse gezogenen, nach seiner Ansicht aber konkursfreien Vermögensstücks zu erlangen, ebenfalls die Klage gegen den Verwalter zu erheben hat oder auf eine dem § 766 ZPO. entsprechende Erinnerung bei dem Konkursgerichte beschränkt ist. Das **RG. 37** 398 will hier unterscheiden, ob der Verwalter den streitigen Gegenstand selbst oder mit Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Besitz genommen hat, und will im ersten Falle die Klage, im zweiten Falle nur die — den Rechtsweg ausschließende — Erinnerung nach ZPO. § 766 zulassen. Überzeugend ist diese durch sachliche Gründe nicht zu rechtfertigende Unterscheidung wohl kaum; die wirtschaftliche Tragweite der hierbei zu lösenden Fragen spricht für unumschränkte Zulassung des ordentlichen Rechtswegs. Sachlich handelt es sich nur dann um einen Streit über die „Art und Weise der Zwangsvollstreckung", wenn die Anwendung der prozeßrechtlichen Beschränkungen des Pfändungsrechts in Frage kommt. Betrifft dagegen der Streit die Freigabe eines angeblich erst nach der Konkurseröffnung gemachten neuen Erwerbes oder die Wirksamkeit einer Erbschaftsausschlagung, so bedarf es der Feststellung, in welchem Umfange der Eröffnungsbeschluß wirksam geworden sei, und für diese Feststellung ist das formlose Beschluß- und Beschwerdeverfahren wenig geeignet. Eine „Vollstreckungsmaßregel" im weiteren Sinne liegt übrigens auch dann vor, wenn der Verwalter ohne Mitwirkung eines Gerichtsvollziehers sich in den Besitz der nach seiner Auffassung zur Masse gehörenden Sachen setzt. Die entsprechende Anwendung des Vollstreckungsrechts der ZPO. würde mithin zu der gewiß nicht beabsichtigten Ausschließung des Rechtswegs in beiden Fällen führen.

§ 3. 1. **RG.** JW. **06** 37. Als Konkursforderung ist auch die Regreßforderung des Bürgen aufzufassen, ferner Schadensersatzansprüche; diese auch dann, wenn sich ihr Umfang bei der Konkurseröffnung noch nicht übersehen läßt. (Vgl. Jäger, KO. (2) § 3 Anm. 10, Anm. 37.)

2. **RG.** R. **06** Ziff. 796, JW. **06** 37. Die Forderung des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, und sein Anspruch aus einem Betruge des Hauptschuldners, mag auch dieser Betrug dem Bürgen erst nach der Konkurseröffnung bekannt geworden sein, werden durch einen Zwangsvergleich mit betroffen.

§ 4. SächsOLG. **27** 559. Ein Konkursgläubiger kann nicht, nachdem er aus einer ihm am Grundstücke des Gemeinschuldners zustehenden Hypothek die Verurteilung des Konkursverwalters zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück erlangt hat, wegen dieser Forderung die Pfändung von Mietzinsforderungen des Gemeinschuldners betreiben, weil er mit Rücksicht auf die Eröffnung des Konkurses seine Befriedigung aus dem Pfandgrundstück nur im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung suchen kann. Diese aber umfaßt zwar die mit dem Grundstück haftenden Gegenstände; sie liegt jedoch nicht vor, wenn nur solche Gegenstände in Anspruch genommen werden; es handelt sich hier vielmehr

um eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, die während des Konkurses überhaupt ausgeschlossen ist.

§ 6. *Wendt, Eintragungsbewilligung 57/58. Der Grundbuchrichter hat auf Bewilligung des Gemeinschuldners hin die beantragte Hypothek an dem zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke so lange einzutragen, als er nicht im Eintragungsverfahren durch den Beteiligten selbst oder aus dem Grundbuche von der Konkurseröffnung erfahren hat. In diesen beiden Fällen darf er die Eintragung nur vornehmen, wenn sie der nach § 6 KO. allein verwaltungsberechtigte Konkursverwalter bewilligt hat. Der Kridar ist zwar auch dann noch der allein Betroffene i. S. des § 19 GBO. Aber seine Bewilligung genügt nicht mehr nach § 6 KO. Auch ist sie nicht erforderlich (bestritten). Vgl. auch IDR. 4 Ziff. 1c zu § 19 GBO.

§ 10. IW. **06** 480 Ziff. 45. Im § 10 KO. wird zwar von Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, gesprochen. Die Bestimmung will indessen nicht sagen, daß die konkrete Gestaltung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig, hier also das Rechtsmittel für den Gemeinschuldner eingelegt sein müsse. Vielmehr soll damit nur ausgesprochen werden, daß durch den Rechtsstreit Vermögensrechte zugunsten des Gemeinschuldners verlangt werden. Für den Gemeinschuldner ist daher der Rechtsstreit im Sinne dieser Bestimmung anhängig, wenn gegen eine zur Leistung an ihn verurteilende Entscheidung ein von der Gegenpartei eingelegtes Rechtsmittel zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig ist.

§ 11. LG. Leipzig, BuschsZ. **36** 167. Wird eine Hypothekenklage gegen den Verwalter erhoben und von ihm der Anspruch sofort anerkannt, so fallen dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits zur Last.

§ 14. LG. München, SeuffBl. **05** 562. Wenn über das Vermögen des Gemeinschuldners Konkurs eröffnet worden ist, kann während des Schwebens dieses Verfahrens über den Neuerwerb des Kridars ein neuer Konkurs eröffnet werden.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17. 1. *Müller, GruchotsBeitr. **50** 508—542. Die Einheit des Sukzessivlieferungsvertrags kommt im vollen Maße zur Geltung, wenn im Konkurse über das Vermögen des Käufers der Konkursverwalter nach § 17 KO. Erfüllung verlangt. Hervorzuheben ist zunächst: Für die Aufforderung und Erklärung nach § 17 fällt die Selbständigkeit der einzelnen Rate weg; der Konkursverwalter kann nicht nach seiner Wahl Erfüllung nur einer oder einzelner Raten verlangen. — Hat der Konkursverwalter nach § 17 Abs. 1 Erfüllung verlangt, so hat er an Stelle des Gemeinschuldners alles zu leisten, was der Gemeinschuldner aus dem Sukzessivlieferungsvertrag zu leisten gehabt hätte. Daher werden noch nicht bezahlte Kaufpreise von Raten, die dem Gemeinschuldner vor dem Konkurse geliefert wurden, Masseschulden, der andere Teil kann nicht auf die Konkursdividende verwiesen werden. In letzter Zeit mehren sich die Fälle, daß gegen Konkursmassen, wenn der Konkursverwalter Erfüllung von Sukzessivlieferungsverträgen verlangt hat, Masseschulden geltend gemacht werden, die außer allem Verhältnis zu der vom Konkursverwalter verlangten, noch ausstehenden Leistung stehen. Die Einzelheiten dieser Fälle werden besprochen und die Voraussetzungen dargelegt, unter denen eine Anfechtung der Willenserklärung des Konkursverwalters wegen Irrtums nach § 119 BGB. zulässig ist.

2. R. **06** Ziff. 2714 (Hamburg). Der Käufer kann im Konkurse des Verkäufers mit seinem Schaden wegen teilweiser Nichtlieferung der Ware gegen den Preis für den gelieferten Teil aufrechnen. Die Ersatzforderung des Käufers ist

spätestens durch die Konkurseröffnung, nicht etwa erst durch die Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Konkursverwalter entstanden. § 17 gibt dem Verwalter lediglich eine Befugnis, in deren Benutzung er freieste Wahl hat.

3. **RG.** JW. **06** 574, R. **06** Ziff. 3226. Wenn der klagende Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners einen Vertrag durch die der Masse entnommene Aufwendung erfüllte und damit den der gepfändeten und überwiesenen Forderung entgegenstehenden Einwand des nicht erfüllten Vertrags beseitigte, geschah dies doch durch Mittel, die nur uneigentlich als solche des Gemeinschuldners bezeichnet werden können.

4. **RG.** JW. **06** 759. Der Kläger schloß mit K. einen Kommissionsvertrag ab, wonach er den K. vorläufig auf die Dauer von 3 Jahren für 6000 M. Waren in Kommission gab und sich bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehielt. Nach Ablauf der 3 Jahre solle K. verpflichtet sein, die alsdann noch nicht verkauften Waren auf feste Rechnung zu übernehmen. Über K.s Vermögen wurde der Konkurs eröffnet. Der Kläger meldete seine „Kaufpreisforderung", die auf 4869 M. bemessen war, im Konkursverfahren an. Dabei beanspruchte er abgesonderte Befriedigung auf Grund der im Zusammenhange mit dem obigen Vertrage ihm von K. auf seinem Hause eingeräumten Kredithypothek. Der Konkursverwalter erklärte unter Hinweis auf § 17 KO., daß er die Erfüllung des Kommissionsvertrags ablehne, und forderte den Kläger auf, die noch vorhandenen Waren zurückzunehmen. Die Forderung des Klägers erkannte er nur bezüglich der verkauften Waren an. Kläger erhob Klage auf Feststellung seiner streitig gebliebenen Forderung. Es erfolgte Klagabweisung in allen Instanzen. Ein Anspruch auf Zahlung der Kaufpreisforderung hat nicht mehr existiert, nachdem der Verwalter die Erfüllung des Vertrags abgelehnt hat. Der Verkäufer hatte zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens seine Verpflichtung, dem Käufer Eigentum an den Waren zu verschaffen, nicht erfüllt (§§ 433, 455, 158 BGB).

5. **RG.** JW. **06** 316. Wie der Handlungsagent keinen Anspruch auf Provision oder auf Schadensersatz hat, wenn der Geschäftsherr durch äußere Umstände hierzu genötigt, vor Ablauf der Vertragsfrist die Produktion einstellt (**RG.** **31** 61), so ist der gleiche Erfolg auch im Falle einer durch äußere Umstände, ohne Verschulden des Geschäftsherrn herbeigeführten Konkurseröffnung über ihn anzunehmen.

6. **RG.** JW. **06** 316. Das Agenturverhältnis erlischt kraft Gesetzes mit der Konkurseröffnung. Daher kann von einem durch den Gemeinschuldner zu vertretenden Umstand, wie er nach bürgerlichem Rechte zur Begründung des Schadensersatzanspruchs erfordert wird, als Ursache der Nichtausführung der vom Handlungsagenten ermittelten Geschäfte nicht mehr die Rede sein, vielmehr nur in Frage kommen, ob etwa die KO. dem Agenten infolge der Aufhebung des ihm gewordenen Auftrags einen Entschädigungsanspruch gewährt. Das ist aber nicht der Fall.

7. PosMschr. **05** 191 (Königsberg). Wenn der Konkursverwalter weder die Erfüllung wählt, noch die Erfüllung ablehnt, noch vom Vertragsgegner zur Erklärung über die Erfüllung aufgefordert wird, wenn also von beiden Seiten nichts geschieht, so bleibt das Vertragsverhältnis unberührt und kann nach der Konkursbeendigung das Schuldverhältnis ohne vom Zwangsvergleich berührt zu werden, in der ursprünglichen Gestalt geltend gemacht werden.

8. **RG.** R. **06** 311 Ziff. 798. Bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft greift die Haftung aus § 17 KO. für die Gegenleistung bewirkter Leistung nicht Platz, wenn der Konkursverwalter in aus den Umständen erkennbarer Weise nur eine teilweise Erfüllung des Vertrags in dem Sinne verlangt, daß er unter Ablehnung

der Gegenleistung für bereits vor der Konkurseröffnung bewirkte Leistungen nur zur Bezahlung der von ihm geforderten künftigen Leistungen bereit ist.

9. R. **06** Ziff. 2713 (Frankfurt a/M.). Der § 17 KO. ist eine Norm nicht bloß des formellen, sondern auch des materiellen Konkursrechts; sie ergreift deshalb auch ein Rechtsverhältnis, das im übrigen nach den Regeln des ausländischen Rechtes beurteilt wird, sofern Ansprüche aus ihm zur konkursmäßigen Befriedigung geltend gemacht werden.

10. **RG.** JW. **06** 761. Hat sich der Verkäufer das Eigentum an den verkauften Waren bis zur völligen Tilgung des Kaufpreises vorbehalten, so bleibt er bis zum bestimmten Termin Eigentümer; er hat also bis dahin das Eigentum noch nicht übertragen. In diesem Falle kann die Erfüllung des Verkaufs bis zur Übergabe der Sache noch vereitelt werden, z. B. durch Untergang der Sache. Die Übergabe der Sache in Fällen der vorliegenden Art macht den Käufer nicht zum Eigenbesitzer der Sache, sie geschieht nicht zwecks gegenwärtiger, sondern künftiger Erfüllung des Kaufvertrags. Bis zum Zeitpunkte der völligen Tilgung des Kaufpreises ist der Verkäufer bloß Verwahrer und Verwalter. Der Konkursverwalter kann dem an sich berechtigten Aussonderungsanspruche des Verkäufers, der Waren an den Gemeinschuldner unter Vorbehalt des Eigentumsrechts verkauft hat, nur entgehen, wenn er bereit ist, den Kauf zu erfüllen, also den Kaufpreis zu zahlen. Wählt er diesen Weg, dann ist aber auch der Kaufpreis eine Masseschuld nach § 59 Ziff. 2 KO.

11. **RG.** JW. **06** 574 Ziff. 51. Der später in Konkurs verfallene W. hatte für den B. einen Neubau auszuführen, und den Verwalter nach Konkurseröffnung die Arbeiten durch einen Zimmermeister fertigstellen lassen. B. hinterlegte den von ihm zu zahlenden Betrag, weil die Beklagte die Forderung hatte pfänden und sich überweisen lassen. Auf Klage des Verwalters wurde der B. zur Einwilligung der Herausgabe des hinterlegten Betrags an jenen verurteilt, weil der Beklagte auf Kosten der Konkursmasse Aufwendungen gemacht hat, ohne die der gepfändete und überwiesene Anspruch von der Beklagten nicht hätte geltend gemacht werden können.

§ 22. **RG.** JW. **06** 762. Die Beklagten wurden von einer Aktiengesellschaft zum Vorstande der Gesellschaft bestellt. In dem Anstellungsvertrage unterwarfen sie sich der Konkurrenzklausel. Demnächst brach über das Vermögen der Gesellschaft Konkurs aus, der durch Zwangsvergleich beendet wurde. Vor Abschluß des Vergleichs wurde den Beklagten ihre Stellung vom Konkursverwalter gekündigt. Die Beklagten errichteten darauf eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma „R. u. M.", deren Gesellschafter die Ehefrauen der Beklagten waren. Nun erhob die eingangs erwähnte Aktiengesellschaft die auf Verletzung der Konkurrenzklausel gegründete Verbotsklage gegen die Beklagten. Es erfolgte Klagabweisung.

§ 26. **RG.** JW. **06** 316 Ziff. 241. Satz 2 des § 26 bestimmt nicht, daß die durch den Konkurs eintretende Nichterfüllung stets einen Anspruch des anderen Teiles zur Folge hat, sondern nur, daß, wenn die Nichterfüllung oder Aufhebung nach dem bürgerlichen Rechte eine Forderung erzeugt, dieselbe — abgesehen von etwaigen Absonderungsansprüchen — keinenfalls etwas anderes als eine Konkursforderung sein kann.

Dritter Titel. Anfechtung.

Literatur: Eccius, Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, GruchotsBeitr. **50** 481—488. — Henle, Die Gläubigeranfechtung von Eheverträgen, JW. **06** 700. — Meyer, Gegenstand der Glaubhaftmachung bei einer zugunsten eines bestimmten Dritten auf den Todesfall genommenen Lebensversicherung, R. **06** 232.

Zu §§ 29 ff. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 547. Die Streitfrage über das rechtliche Wesen der Anfechtung kann nunmehr durch die Untersuchungen von Jäger und Oertmann, sowie durch **RG.** 58 44 als erledigt gelten. — Die Entsch. **RG.** 52 340, welche zuerst gegen die Hellwigsche Ansicht Stellung nahm, war dennoch unwillkürlich von ihr beeinflußt. Denn sie erklärte auch eine außerhalb der mündlichen Verhandlung in einem Schriftsatz ausgesprochene Anfechtung für wirksam, ohne daß sie in der Verhandlung wiederholt zu werden brauche. Das würde doch wieder auf eine rechtsgeschäftliche, obschon nur „innerhalb eines Prozeßverfahrens zulässige" Anfechtungserklärung hinauskommen. Nimmt man aber mit der jetzt als herrschend anzusehenden Meinung an, daß die Gläubigeranfechtung einen durch Klage oder Einrede geltend zu machenden Anspruch begründet, dann hat die in einem Schriftsatze des Beklagten oder Widerklägers enthaltene Erklärung, daß er anfechte, nur ankündigende und nicht bestimmende Bedeutung. Denn „erhoben" wird nach der ZPO. ein Anspruch nur entweder durch Zustellung der Klage oder, wenn er mittels Einrede oder Widerklage geltend gemacht werden soll, durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung. Auch nach § 4 AnfG. hat die — im Prozeß oder nach § 132 BGB. erfolgte — Zustellung eines Schriftsatzes, der die Anfechtung ankündigt, nur die Wirkung, daß die Frist des § 3 Ziff. 2, 3, 4 als gewahrt gilt, sofern binnen weiteren 2 Jahren die eigentliche Anfechtung nachgeholt wird.

§ 29. SchlHolstAnz. **06** 69 (Kiel). Der Anfechtungsklage des Konkursverwalters kann der Beklagte nicht den Einwand entgegenhalten, daß die ihm zur Sicherheit übereigneten Sachen nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehören.

§ 30. 1. **RG.** JW. **06** 234. Der Gemeinschuldner hat ein ihm gehöriges Möbelgeschäft an die Beklagte für 10 000 M. verkauft. Zur Begleichung des Kaufpreises übergab ihm die Käuferin die vollstreckbare Ausfertigung eines rechtskräftigen Urteils, wonach er zur Rückzahlung eines Darlehens in dieser Höhe verurteilt worden war. In der Kaufvertragsurkunde hatte die Beklagte erklärt, eine Forderung gegen ihn aus diesem Urteile nicht mehr zu haben, der Verkäufer bekennt sich hierdurch wegen der Kaufpreisforderung für befriedigt. Der Konkursverwalter hat Klage erhoben und den Kaufvertrag angefochten. Beklagte wurde verurteilt: „Der Wortlaut des § 35 KO. paßt zwar auf den vorliegenden Fall insofern nicht, als hier nicht eine besondere, in die äußere Erscheinung tretende Konstituierung der erdichteten Darlehnsforderung stattgefunden hat und demnächst erst für diese ein vollstreckbarer Titel erlangt ist, vielmehr die anfechtbare Handlung in der Schaffung des vollstreckbaren Titels besteht. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß auch vorliegend die Anfechtung durchgreift, soweit die Voraussetzungen der §§ 30—32 KO. gegeben sind. Der Gegenstand der Anfechtung ist in diesem Falle das benachteiligende betrügerische Übereinkommen der Beteiligten in Verbindung mit dessen prozessualer Geltendmachung, die zur Erlassung des vollstreckbaren Urteils geführt hat". (Vgl. **RG.** 9 100 und Jäger, KO. (2) § 35 Anm. 6 u. 8.)

2. **RG.** JW. **06** 235. Es kann die in einem Prozesse geltend gemachte Anfechtung nach §§ 30 ff. KO. nur auf den hier durch Klage oder Einrede erhobenen Anfechtungsanspruch bezogen werden, und es können nicht auf Grund dieser Anfechtung nach Ablauf der Frist des § 41 KO. in einem anderen Prozesse weitere und andere Anfechtungsansprüche geltend gemacht werden.

3. R. **07** Ziff. 79 (Colmar). Eine Anfechtungsklage aus § 30 Ziff. 1 KO., die auf Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten des Gegners von der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners gestützt ist, kann nicht daraufhin zuge-

sprochen werden, daß er dieselbe habe kennen müssen. Im § 30 Ziff. 1 KO. ist nicht wie im § 122 Abs. 2 BGB. das Kennenmüssen dem Kennen gleichgestellt. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Vertreter die Zahlungseinstellung tatsächlich gekannt hat. Wenn sie ihm irrtümlich verborgen geblieben ist, schadet es dem Vertretenen nicht, und es läßt sich nicht die von dem Anfechtungsprozeßgericht aus seiner jetzigen Beurteilung der Sachlage geschöpfte Kenntnis unter die damalige des Vertreters des Anfechtungsgegners substituieren. Ob des Vertreters Versicherung seiner Unkenntnis glaubwürdig ist, hängt von der Beweiswürdigung ab. (Ebenso SeuffA. **61** 304 (Hamburg).

4. Siber, IheringsJ. **50** 93 Anm. 3, 276 Anm. 1. Anfechtbar ist die Pfändung, aber nicht die Zwangserfüllung durch Aushändigung des Versteigerungserlöses an den Gläubiger.

5. **RG.** JW. **06** 92. Zahlungseinstellung kann schon durch Nichtzahlung einer einzelnen Schuld, insbesondere Nichteinlösung eines Wechsels in Erscheinung treten. Ob sich aber in einem bestimmten Falle diese Annahme rechtfertigt, kann nur aus der Gesamtlage und dem Gesamtverhalten des Schuldners im kritischen Zeitpunkt und in der Zukunft beurteilt werden. Wenn ein Schuldner sich bei Nichtzahlung einer Schuld mit vorübergehender Geldverlegenheit entschuldigt, um kurzen Aufschub bittet und nach wenigen Tagen wirklich Zahlung leistet, so kann in jenem Vorgange eine Zahlungseinstellung nicht erblickt werden, selbst wenn der Schuldner bereits damals überschuldet und der Ausbruch des Konkurses unvermeidlich war.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1082. Für die Feststellung der Zahlungseinstellung läßt sich auch der Umstand verwerten, daß ein vorher über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffneter Konkurs wegen Mangels an Masse aufgehoben worden ist. Sie kann angenommen werden, wenn der Gemeinschuldner Zahlungsmittel zwar besitzt, sie aber versteckt hält oder beiseite geschafft hat.

§ 31. **RG.** R. **06** Ziff. 2529. Bedarf es zur Vollendung des Rechtserwerbes einer Mitwirkung des Bedachten, so genügt zur Anfechtung, daß dem Bedachten zu der Zeit, wo sich der Anfall endgültig vollzog, die betrügerische Absicht des Stipulanten bekannt war.

§ 32. 1. **RG.** **62** 46. Wenn ein zugunsten der Erben geschlossener Lebensversicherungsvertrag vom Versicherungsnehmer in einen zugunsten bestimmter Dritter umgewandelt wird, so ist er anfechtbar.

2. **RG.** PuceltsZ. **06** 66. § 32 Ziff. 2 KO. erfordert keinen weiteren Tatbestand als den, daß der Gemeinschuldner etwas aus seinem Vermögen mit der Absicht, dadurch unter Umständen seiner Ehefrau einen Vorteil zu verschaffen, weggegeben hat, und daß der letztere Erfolg demnächst objektiv eingetreten ist. Ob die Absicht der Vorteilsverschaffung eine prinzipale oder nur eine eventuelle gewesen ist, macht dabei keinen Unterschied; daß eine solche eventuelle Absicht dann besteht, wenn der Versicherungsnehmer für eigene Rechnung im Falle seines vorzeitigen Absterbens an seine Stelle nicht seine Erben, sondern seine Ehefrau treten läßt, ist unzweifelhaft.

§ 37. **RG.** R. **06** Ziff. 1530. Bei im übrigen begründeter Anfechtung ist der Antrag auf Rückgewähr nach § 37 KO. zulässig, wenn der Gemeinschuldner einen anderen veranlaßt hat, zur Tilgung einer dem Gemeinschuldner gegen ihn zustehenden Geldforderung eine Hypothek statt an den Gemeinschuldner an einen Dritten, den Anfechtungsbeklagten, abzutreten, wenn auch die Hypothek niemals zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört hat und dem Gemeinschuldner ein Anspruch auf die Abtretung an Zahlungsstatt nicht zustand. Entscheidend ist, daß die Abtretung der Hypothek auf die Anweisung des Gemeinschuldners und unter Verminderung seines Vermögens um einen Wert von gleichem Betrag erfolgt ist, und daß der Gemeinschuldner auf diese Weise bewirkt hat, daß zur

Benachteiligung seiner Gläubiger ein Wert aus seinem Vermögen beseitigt ist, der, wenn auch in anderer Gestalt, in das Vermögen des Beklagten gelangt ist.

§ 41. 1. DJZ. **06** 90 (Stuttgart). Eine Anfechtung auf Grund der KO. hat mittels Klage und Einrede im Prozeßverfahren zu erfolgen. Die dem Aussonderungsanspruch entgegengesetzte Anfechtungseinrede kann nicht dazu führen, nach Ablauf der Frist des § 41 KO. in einem anderen, Herausgabe des Erlöses aus sonstigen Waren betreffenden Prozesse weitere und andere Anfechtungsansprüche als rechtzeitig geltend gemacht erscheinen zu lassen.

2. **RG.** R. **06** Ziff. 799. Die Nichteinhaltung der Ausschlußfrist des § 41 Abs. 1 KO. hat zwar den Verlust des Anspruchs aus der Anfechtung zur Folge, nach § 41 Abs. 2 steht dem Konkursverwalter aber auch nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 41 Abs. 1 KO. die Einrede der Anfechtung noch gegen jeden Anspruch zu, durch den der Anfechtungsgegner auf Grund der anfechtbaren Handlung von der Konkursmasse etwas verlangt. Allerdings deckt Abs. 2 des § 41 KO. nach seinem Wortlaute nur den Fall, daß der Gemeinschuldner eine anfechtbar begründete Schuldverbindlichkeit noch nicht erfüllt hatte. Indessen will ihn die Rechtslehre — vgl. Jäger, KO. Anm. 6 zu § 41 — auch gegen den Aussonderungsanspruch, z. B. in den Fällen anwenden, wenn die Sache zwar übereignet, aber noch nicht tatsächlich übergeben war, der Erwerber nur den mittelbaren Besitz nach §§ 930, 868 BGB. erhalten hatte, der Gemeinschuldner aber unmittelbarer Besitzer geblieben war. Der Senat tritt dieser Auffassung durchaus bei, wonach die Bestimmung im § 41 Abs. 2 über den nächsten Sinn seiner Worte hinaus dahin auszulegen ist, daß auch nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 41 Abs. 1 der Konkursverwalter die Einrede der Anfechtung gegen jeden Anspruch behält, der auf Grund einer anfechtbaren Handlung gegen die Konkursmasse geltend gemacht wird.

3. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 554. Nach dem Verlaufe der Ausschlußfristen kann der Verwalter dennoch das Anfechtungsrecht weiter durch Einrede geltend machen: wenn die anfechtbare Rechtshandlung eine Leistungspflicht des Gemeinschuldners begründet, so darf der Verwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Rechtshandlung selbst wegen Fristablaufs nicht mehr angefochten werden könnte (§ 41 Abs. 2 KO.). Die Einrede soll nach Ansicht des RG. nur gegeben sein, wenn der abzuwehrende Anspruch unmittelbar aus der anfechtbaren Rechtshandlung entspringt, nicht aber z. B. gegen einen Eigentumsanspruch des Anfechtungsgegners, wenn dieser durch bereits bewirkte Erfüllung des anfechtbaren Kaufes schon das Eigentum erlangt hatte (**RG. 56** 314). Diese Einschränkung erscheint nicht unbedenklich. Da das frauduloſe Geschäft zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt, muß sich der fraudulose Erwerber immer die Einrede der Arglist entgegensetzen lassen (vgl. BGB. § 853 und dazu **RG. 58** 356). Das Fortbestehen der Einrede ergibt, daß trotz der Fassungsänderung im § 41 KO. in Wirklichkeit nicht ein „Erlöschen" des Anfechtungsrechts eintritt. Die angebliche Ausschlußfrist muß daher in Wirklichkeit — gegen die Ansicht der Gesetzesverfasser — nach wie vor als eine Verjährung aufgefaßt werden (vgl. BGB. §§ 853, 821, 478 u. a.). Das RG. hat sich vorläufig noch mit der verunglückten Konstruktion der Gesetzesverfasser beholfen (**RG. 58** 47.)

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43. 1. **RG.** JW. **06** 436. Indem § 43 KO. wegen der Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes lediglich auf die außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetze verweist, hat es diese Gesetze in vollem Umfange für maßgebend erklärt. Lediglich das bürgerliche Recht hat dem-

nach grundsätzlich zunächst darüber zu entscheiden, nach welcher Richtung und in welchem Umfange das Recht auf einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand geltend zu machen ist. Es braucht deshalb nicht immer notwendig die Herausgabe der Sachen verlangt zu werden; die Lage des Falles kann vielmehr auch die sein, daß der sogenannte Vindikant rechtlich gar nicht imstande ist, die sofortige Herausgabe der Sachen zu verlangen, wenn nämlich nach dem bürgerlichen Rechte die Konkursmasse ein Recht darauf hat, daß ihr die Sachen auf bestimmte Zeit oder zu einem bestimmten Zwecke belassen werden. Der Anspruch auf Aussonderung im Sinne des § 43 KO. beschränkt sich dann einstweilen auf das Verlangen der Anerkennung des Eigentums oder des sonstigen Rechtes des Dritten auf den Gegenstand. (Vgl. auch OLG. **13** 78 (Dresden).

2. **RG.** SächsRpflA. **06** 301. Dadurch, daß der Konkursverwalter den in der Masse vorgefundenen Gegenstand einem Dritten in Verwahrung gibt oder in Verwahrung beläßt, der infolgedessen Lagergeld zu beanspruchen berechtigt ist, kann die Verfolgung des Aussonderungsanspruchs eines anderen nicht beeinträchtigt und erschwert werden. Daß der Verwalter dem Verwahrer die Gegenleistung, die nach dem Inhalte des Verwahrungsvertrags von ihm gezahlt werden muß, zu gewähren hat, um die Herausgabe zu erwirken, kann er dem Aussonderungsberechtigten nicht entgegensetzen, da es sich dabei um Verpflichtungen handelt, die lediglich Folge seiner eigenen rechtsgeschäftlichen Handlungen sind.

3. **RG.** JW. **06** 418, R. **06** 1146 Ziff. 2717. Der § 43 KO. erwähnt auch Aussonderungsansprüche auf Grund persönlicher Rechte und hat damit Sachen im Auge, die durch Verträge, insbesondere Leih-, Miet- und Verwahrungsverträge, in den Besitz des Gemeinschuldners gelangt sind, und auf Grund der Verträge zurückgefordert werden können, auch wenn der Forderungsberechtigte nicht Eigentümer der Sachen ist. Voraussetzung aber ist immer, daß die Sachen nicht Eigentum des Gemeinschuldners sind.

4. Heilbrunn, Die Entwickelung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Rechte, HoldheimsMSchr. **14** 95 ff. Der Treuhandvertrag begründet im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsrecht. Dasselbe ist weder darauf zurückzuführen, daß das Vollrecht nur resolutiv bedingt auf den Treuhänder übertragen ist, oder daß das Treugut dem Treuhänder nur formell gehöre, noch darauf, daß nur ein relativer Rechtserwerb seitens des Treuhänders vorliege, vielmehr basiert das Aussonderungsrecht auf dem durch den Treuhändervertrag konstituierten obligatorischen Herausgabeanspruch analog der utilis rei vindicatio des römischen Rechtes.

§ 44. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 539. Das Verfolgungsrecht war bisher von großer Bedeutung, weil nach ALR. mit der Absendung der Ware, nach Code civil schon mit dem Vertragschlusse das Eigentum auf den Käufer überging. Nach dem BGB. ist dies nicht der Fall. Versendet der Verkäufer, so geht das Eigentum auf den Käufer erst mit der Ablieferung am Bestimmungsort über, so daß es eines besonderen Verfolgungsrechts nicht mehr bedarf. Findet dagegen die Übergabe noch vor der Versendung an einen Vertreter des Käufers statt und bewirkt dieser erst die Versendung, so liegt kein Distanzgeschäft mehr vor und das Verfolgungsrecht findet daher keine Anwendung. Wichtig bleibt dieses indessen für die Fälle, in denen der Eigentumsübergang sich nach Sondervorschriften ohne Auslieferung an den Gemeinschuldner vollzogen hat, z. B. durch Übertragung eines sog. Traditionspapiers (Ladescheins, Lagerscheins, Konnossements, HGB. §§ 450, 424, 647), bei Wertpapieren durch Absendung des Stückeverzeichnisses (§ 7 RG. v. 5. 7. 96) oder wenn nach dem anzuwendenden ausländischen Rechte der Gemeinschuldner das Eigentum in einem früheren Zeitpunkt erworben hat.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 47. Literatur: Schäfer, Die Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurs. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrechte SeuffBl. **06** 205—214 (s. u. zu § 134).

RG. JW. **06** 205, R. **06** 627 Ziff. 1532. Zur Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf das Absonderungsrecht bezüglich des dinglichen Anspruchs genügt es nicht, daß der Gläubiger die persönliche Forderung anmeldet, sein Absonderungsrecht nicht erwähnt und als Zwangsvergleichsrate 40 pCt. des angemeldeten Anspruchs erhält. Es muß festgestellt werden, daß der Gläubiger innerlich die Absicht gehabt hat, das dingliche Absonderungsrecht fallen zu lassen. Die Annahme der Akkordrate scheidet als Beweismoment aus, wenn festzustellen ist, daß er die Rate unter ausdrücklichem Vorbehalt seiner Restforderung angenommen hat.

§ 49. Menzel, R. **06** 1127 ff. Zur Geltendmachung eines Absonderungsrechts gegen den Konkursverwalter ist ein gegen diesen lautender Zwangsvollstreckungstitel wenigstens dann erforderlich, wenn dieser Titel erst nach der Konkurseröffnung erlangt wird.

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53. Über Aufrechnung des Käufers im Konkurse des Verkäufers mit seinem Schaden wegen teilweiser Nichtlieferung der Ware gegen den Preis für den gelieferten Teil, SeuffA. **61** 83 (Hamburg).

§ 54. **RG.** PosMschr. **06** 59, R. **06** 756 Ziff. 1839. Gegen den Schadensersatzanspruch des Konkursverwalters gegen einen Konkursgläubiger, den er nach § 17 KO., § 326 BGB. zur Erfüllung eines vor dem Konkurs geschlossenen Kaufgeschäfts vergeblich aufgefordert hat, kann der Konkursgläubiger seine festgestellte Konkursforderung aufrechnen.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 57. 1. R. **06** 61 Ziff. 91 (Breslau). Die Kosten des Rechtsstreits bei einer angemeldeten und vom Konkursverwalter bestrittenen Forderung sind Massekosten. Denn in dem Bestreiten der Hauptforderung durch den beklagten Konkursverwalter im Prüfungstermin und im Aufrechterhalten dieses Bestreitens bis nach Aufnahme des Rechtsstreits liegt eine Genehmigung der Prozeßführung durch den Gemeinschuldner.

2. OLG. **11** 370 (Karlsruhe). Die Provisionsansprüche eines Handlungsreisenden bilden für die Zeit vor der Konkurseröffnung eine bevorrechtigte Forderung (§ 61 Ziff. 1), für die spätere Zeit eine Masseschuld (§ 59 Ziff. 2).

3. BadRpr. **06** 2 ff. (Karlsruhe). Ein Handlungsgehilfe, der außer festem Gehalt auch Provision bezog, kann sie, da sie einen Teil des Gehalts ausmacht, für die Zeit vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals als eine nach § 61 Ziff. 1 bevorrechtigte Konkursforderung, für die Zeit der Fortdauer des Dienstverhältnisses nachher als eine Masseforderung geltend machen.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61. 1. R. **06** Ziff. 505 (Hamm). Die Frage, ob eine Person sich zur Leistung von Diensten verdungen hat und deshalb das im § 61 Ziff. 1 bezeichnete Vorrecht in Anspruch nehmen kann, läßt sich nicht nach allgemeinen Kategorien der dienstverpflichteten Personen, sondern nur nach der besonderen Art der zugesagten Dienste beantworten. Es kann deshalb unter besonderen Umständen auch ein Handlungsagent zu den bevorrechtigten Personen gehören.

2. R. **06** Ziff. 1104 (Hamm). Das Vorrecht der Personen, die sich dem Gemeinschuldner zu Diensten verdungen haben, kann nicht auf den Fall bezogen

werden, daß jemand auf Grund einer Reihe von Verträgen dem Gemeinschuldner Arbeiten geleistet hat, welche die Herstellung von Werken darstellen. Der Kläger hat sich nicht dazu verdungen, eine gewisse Zeit hindurch für den Gemeinschuldner Fuhren zu leisten, sondern er hat sich verpflichtet, jedesmal ein gewisses Quantum Holz nach dem Sägewerk des Gemeinschuldners zu schaffen. Gegenstand der Verträge war also dieser Erfolg, das Hinschaffen des Holzes an einen bestimmten Platz.

3. Ziff. 1. **RG.** JW. **06** 38. Dem § 61 Ziff. 1 KO. sind alle Fälle einzureihen, in denen der sich Verdingende seine Selbständigkeit in größerem oder geringerem Umfange aufgibt, auf die freie Verfügung über seine Zeit und Arbeitskraft zugunsten eines anderen mehr oder weniger verzichtet; dies braucht nicht nur durch Unterwerfung unter ein Botmäßigkeitsverhältnis, kann vielmehr auch dadurch geschehen, daß der sich Verdingende seine Dienste ausschließlich oder doch hauptsächlich dem Dienstberechtigten zu leisten hat. Daher kann der kaufmännische Agent für sich das Vorrecht aus § 61 Ziff. 1 KO. nicht in Anspruch nehmen, weil er dem Geschäftsherrn gegenüber die Stellung eines selbständigen Kaufmanns einnimmt.

§ 68. **RG.** SächsRpflA. **06** 103. Nach § 68 KO. bleibt im Konkurse unter gewissen Voraussetzungen der Betrag, den der Gläubiger bei der Eröffnung des Konkursverfahrens zu fordern hätte, auch für das weitere Verfahren maßgebend. Daher kann der Konkursgläubiger, wenn er nach der Anmeldung seiner Forderung aus dem Nachlaß eines Bürgen des Hauptschuldners zu einem Teilbetrag seiner Forderung befriedigt wird, seine Forderung in der angemeldeten Höhe im Konkurse des Hauptschuldners weiter verfolgen.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 73. **RG.** BadRpr. **06** 284. Dem Gemeinschuldner steht gegen die Festsetzung der Vergütung des Konkursverwalters das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu.

§ 78. R. **06** Ziff. 2916 (Cöln). Die Erklärung des Konkursverwalters, daß er sein Amt niederlege, bringt sein Amt erst zur Beendigung, wenn das Konkursgericht ihn darauf aus seinem Amte entläßt. Die in der Literatur streitige Frage, ob der Konkursverwalter sein Amt einseitig niederlegen darf, ist zu verneinen. In der KO., die eine Niederlegung des Amtes durch den Konkursverwalter nicht kennt, ist die Stellung des Verwalters in der Art bestimmt, daß Beginn und Beendigung des Amtes (vgl. §§ 78, 80, 84 KO.) stets an eine Entscheidung des Konkursgerichts, dessen Aufsicht der Verwalter unterstellt ist — § 83 KO. — geknüpft sind.

§ 84. Literatur: Wulff, Hat der Gläubigerausschuß als solcher Beschwerderecht? DJZ. **06** 1145.

1. Wulff, DJZ. **06** 1145 ff. Dem Gläubigerausschuß steht in der Regel eine Vertretung der Gläubiger nach außen, insbesondere gegenüber den Behörden und Gerichten nicht zu. Indem das Gesetz im § 84 KO. dem Gläubigerausschuß die Antragstellung namens der Konkursgläubiger überträgt, spricht es ihm implicite die Befugnis zur Vornahme aller der prozessualen Maßnahmen zu, die zur Durchsetzung des Antrags möglich und erforderlich sind, also auch zur Beschwerde zu.

2. BraunschwZ. **06** 213 (Braunschweig). Zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluß, durch den das Konkursgericht den Antrag auf Entlassung

des Konkursverwalters ablehnt, ist der Gläubigerausschuß oder die Gläubigerversammlung befugt. Denn es handelt sich hier um die Veranlassung eines von Gerichts wegen zu betreibenden Verfahrens (disziplinärer Akt).

§ 85. BadRpr. 06 284 (Karlsruhe). a) Gegen die Festsetzung der Vergütung des Konkursverwalters steht dem Gemeinschuldner das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. b) Die Vergütung des Konkursverwalters muß im Verhältnis zur Masse stehen, sonst würden bei den kleineren Konkursen die Verwaltungskosten in vielen Fällen die Aktiva aufzehren.

§§ 88, 134, 137. **RG. JW. 06** 362. Ein Konkursverwalter hatte der Masse 20 000 M. unterschlagen, sein Nachfolger nahm die Mitglieder des Gläubigerausschusses deswegen in Anspruch. Das RG. hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, weil sie ihre Überwachungspflicht — die Überwachung des Verwalters — verletzt hätten.

§ 88. **RG. R. 06** Ziff. 2153. Der Zeitpunkt, zu dem der Gläubigerausschuß als solcher zuerst eine Kassenrevision veranlassen muß, wird durch § 88 Abs. 2 KO. nicht bestimmt. Es darf jedenfalls nicht bis zum Ablauf eines Monats nach der Bestellung des Ausschusses mit der Überwachungstätigkeit gewartet werden; regelmäßig muß, wenn der zunächst vom Gericht ernannte Konkursverwalter von der ersten Gläubigerversammlung bestätigt worden ist, der in dieser gewählte Ausschuß sich sofort davon überzeugen, wie der Verwalter bisher die Geschäfte besorgt hat.

§ 97. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 561. Bisweilen sorgt das Gesetz für einen gemeinsamen Vertreter der Gläubiger, so im Konkurs eines Ausstellers von Schuldverschreibungen, z. B. einer Hypothekenbank, die Pfandbriefe ausgegeben hat. Dieser Vertreter soll als gesetzlicher Vertreter die Schuldverschreibungsgläubiger von der eigenen Wahrnehmung ihrer Rechte ausschließen (Könige, BuschsZ. 28 424). Anders steht es mit dem Pfleger, den im Konkurs eines Lebensversicherungsunternehmens das Konkursgericht den Versicherten zur Wahrung ihrer Rechte an der Prämienreserve bestellt. Obwohl auch dieser Pfleger zweifellos gesetzlicher Vertreter ist, schließt er dennoch die Versicherten von der eigenen Anmeldung ihrer Rechte nicht aus; bei einem Widerspruche zwischen den mehrfachen Anmeldungen soll einstweilen die dem Versicherten günstigere Anmeldung gelten (PrVUG. § 62 Abs. 3). Auch hier zeigt sich wieder, wie sehr die neue Gesetzgebung der Einheitlichkeit und des inneren Zusammenhangs entbehrt.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 523, 566. Streitig ist, wie der Besitz des Verwalters aufzufassen sei. Er entspricht am meisten dem Besitze des Gerichtsvollziehers am Pfandstücke. Hat der Verwalter einzelne Sachen in der Gewahrsam des Gemeinschuldners belassen, so ist dieser weder Eigenbesitzer noch Fremdbesitzer, sondern nur Besitzdiener des Verwalters. Die Ansicht, daß der Verwalter einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses bedürfe, um auf Grund dieses „Schuldtitels" die zur Masse gehörenden Sachen durch einen Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen, wird der Stellung des Verwalters nicht gerecht. Er selbst nimmt in Ausübung seiner amtlichen Verwaltungsmacht die Sachen in Besitz; den Gerichtsvollzieher braucht er nur zuzuziehen, um einen unberechtigten Widerstand des Schuldners zu brechen, wenn dieser die Besitzergreifung nicht dulden will (ZPO. § 892).

§ 125. R. 06 Ziff. 1328 (Colmar). Nachdem die Bestätigung des Zwangsvergleichs die Rechtskraft erlangt hat, sind nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger

nicht mehr befugt, vom Gemeinschuldner die Leistung des Offenbarungseids zu fordern.

§ 127. 1. **RG.** DJZ. **06** 318. Die Verwertung eines verpfändeten Gegenstandes in den Fällen des § 127 muß nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom Verwalter betrieben werden; er muß daher die öffentliche Versteigerung nach § 814 ZPO. durch einen Gerichtsvollzieher vornehmen lassen, wenn damit das Pfandrecht des Gläubigers erlöschen soll.

2. **RG.** R. **06** Ziff. 2410. Die vor der Beschlagnahme erfolgte Einziehung von Versicherungsgeldern für abgebrannte Maschinen durch den Konkursverwalter gibt dem Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf Herausgabe dieser Gelder, da darin nicht eine der Verwertung der Masse gleichzustellende Maßnahme gemäß § 127 KO., sondern ein dem Konkursverwalter obliegender Verwaltungsakt nach § 117 KO. zu finden ist.

3. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 541. Auch der absonderungsberechtigte Fiduziar wird nach dem Fiduziarvertrage regelmäßig befugt sein, sich durch freihändige Veräußerung des ihm übertragenen Vermögensrechts zu befriedigen. Danach wäre der § 127 Abs. 2 KO. auch auf den Fiduziar anzuwenden. Bedenklich erscheint dies aber bei dem sog. Sicherungskauf, wenn der Gemeinschuldner im Besitze der übereigneten Sache verblieben war. Sollte der Verwalter genötigt sein, die Sache dem Gläubiger zur Verwertung herauszugeben und sich den erzielten Überschuß wieder zurückgeben zu lassen, statt die Verwertung selbst für Rechnung des Gläubigers vorzunehmen, so wäre das ein unzweckmäßiger, unter Umständen gefährlicher Umweg.

§ 134. Schäfer, SeuffBl. **06** 205—214. Der Konkursverwalter hat das Recht und die Pflicht, das bewegliche und unbewegliche Konkursvermögen entweder aus freier Hand oder im Zwangsvollstreckungsverfahren zu verwerten. Freihändig oder freiwillig, was gleichbedeutend ist, ist jede Veräußerung, die nicht in der Form der Zwangsvollstreckung erfolgt. In allen Fällen nicht vollstreckungsmäßiger Veräußerung von Grundstücken ist die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erforderlich. — Die freiwillige öffentliche Versteigerung beweglicher oder unbeweglicher Gegenstände durch den Konkursverwalter bildet lediglich eine Verwaltungstätigkeit desselben und hat weder formell noch materiell den Charakter einer Zwangsvollstreckung, sie hat insbesondere bei Grundstücken den absonderungsberechtigten Gläubigern gegenüber bezüglich der daraufhin haftenden Belastung nicht die Wirkung einer Zwangsvollstreckung. — Die dem Konkursverwalter gegenüber erklärte Einwilligung eines Realgläubigers in die freihändige Veräußerung von Grundstücken kann nicht ausdehnend als Verzicht auf den Absonderungsanspruch ausgelegt werden. Zum Aufgeben dieses Anspruchs genügt ein einseitiger Verzicht, der an keine Form gebunden ist; er kann ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlung erklärt werden. In der Anmeldung der Forderung im Konkurse liegt kein Verzicht auf das Absonderungsrecht, auch wenn sie nicht als Ausfallsforderung bezeichnet ist. Ob die Annahme der vom Konkursverwalter dem Hypothekengläubiger zugeschickten Geldbeträge, z. B. Ausfallsquoten, als Verzicht auf die übrigen Ansprüche aus der Hypothek anzusehen ist, ist Tatfrage.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 138. HansGZ. **06** Beibl. 27 (Hamburg). Die Vorschriften in §§ 138—148 KO. fordern als erste Voraussetzung der Aufnahme des Verfahrens durch den Gemeinschuldner die Anmeldung zur Tabelle und ein Bestreiten durch den Verwalter, Gemeinschuldner oder einzelnen Gläubiger oder aber, daß der Gläubiger auf Befriedigung aus der Masse verzichtet; diese Voraussetzung ist aber dann nicht gegeben, wenn der Gläubiger die Anmeldung einstweilen unterläßt.

§ 144. *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 113. Sind mehrere Widersprüche erhoben, so kann der anmeldende Gläubiger die Feststellung gegen jeden Bestreitenden besonders betreiben.

§ 145. BraunschwZ. **06** 112 (Braunschweig). Wenn der § 145 Abs. 2 KO. vorschreibt, daß die Eintragung in die Tabelle rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage nach wie ein rechtskräftiges Urteil gilt, so wird selbstverständlich diese Bestimmung auf die angemeldete und festgestellte Forderung eines Konkursgläubigers anzuwenden sein, allein weiter erstreckt sich die Wirkung der Eintragung nicht, insbesondere berührt sie nicht die Möglichkeit der Geltendmachung eines Aussonderungsanspruchs.

§ 146. Literatur: Bendix, Sind die Kosten eines nach § 146 Abs. 3 aufgenommenen Prozesses Masseschulden? BayRpflZ. **06** 245—247.

I. 1. Bendix: Der Gläubiger kann die ihm bis zur Konkurseröffnung erwachsenen Kosten eines nach Abs. 3 aufgenommenen Prozesses nicht als Masseschuld geltend machen.

2. *Siméon, Recht u. Rechtsgang II 570. Forderungen, die durch Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden können, z. B. Steuern oder Kosten, sind auch im Konkurs als Forderungen mit vollstreckbarem Titel zu behandeln. Der Verwalter hat also den Widerspruch gegen sie zu verfolgen, und zwar auf demselben Wege, den der Gemeinschuldner einzuhalten gehabt hätte.

II. 1. **RG.** R. **06** 189 Ziff. 356. Von Amts wegen zu berücksichtigen und insofern nicht den Bestimmungen über Klagänderungen unterliegend ist im Prozeß des Gläubigers einer streitig gebliebenen Forderung gegen den Konkursverwalter die Prozeßvoraussetzung der Identität der Forderung, die klagend geltend gemacht worden ist, mit der, die vom Gläubiger angemeldet und die im Prüfungstermin geprüft worden ist.

2. R. **06** Ziff. 2154 (Frankfurt). Wenn der Konkursverwalter die ursprünglich im Prüfungstermin bestrittene Forderung nachträglich anerkennt, so genügt es nicht, daß er dies dem Gläubiger mitteilt und ihm anheimgibt, die Berichtigung der Tabelle zu erwirken, vielmehr ist es Sache des Konkursverwalters, das Erforderliche zu tun, um die Berichtigung der Tabelle herbeizuführen.

3. R. **07** Ziff. 80 (Breslau). Der Abs. 3 des § 146 KO. trifft auch dann zu, wenn infolge der Weigerung des Konkursverwalters nach § 26 KO., § 268 Ziff. 3 ZPO. anstatt der ursprünglich eingeklagten Forderung das Interesse gefordert wird. Die Anhängigkeit des Rechtsstreits bleibt unberührt und die Feststellung der Interesseforderung bildet einen neuen Anspruch.

4. OLG. **13** 246 (Hamburg) vgl. o. § 1029 ZPO. Ziff. II 2.

§ 148. Literatur: Marcuse, Unzuträglichkeiten des § 148 KO., PosMschr. **06** 73 ff.

Marcuse, PosMschr. **06** 73—78. Daß der Wert des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Konkursforderung „mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungs- zur Schuldmasse" festzusetzen ist, führt zu Unzuträglichkeiten, da eine Gesamtschätzung der Teilungs- und Schuldmasse, namentlich die dabei unerläßliche Bewertung auch der bestrittenen Ansprüche, überaus schwierig sein kann und nicht etwa durch Einsicht in die Konkursakten oder durch Befragung des Konkursverwalters sich erledigen zu lassen braucht. In besondere Verlegenheit gerät die Praxis bei den einschneidenden Fragen der erstinstanzlichen Zuständigkeit und der Zulässigkeit der Revision, aber auch alsdann, wenn folgerichtig der Streitwert gleich Null anzusetzen ist. Nicht einmal theoretisch läßt das unzuträgliche Gesetz das rechtfertigen, abgesehen von den Fällen, in denen der Konkursverwalter oder der widersprechende Gläubiger als Kläger nach Abs. 6 des § 146 KO. oder überhaupt als Revisionskläger auf-

tritt. Denn der Anspruch auf tabellmäßige Feststellung der Richtigkeit einer Forderung erscheint als Summe zweier Bestandteile, sofern er betrifft: 1. Befriedigung aus der Konkursmasse und gemäß dem Konkursverfahren, 2. Befriedigung überhaupt und unabhängig vom Konkurse; für Prozesse über das Vorrecht einer Konkursforderung kommt der Grundsatz, daß bei Klagen über eine einzelne Beziehung des Rechtsverhältnisses dessen ganzer Wert maßgebend ist — oder vielleicht analoge Anwendbarkeit der das Pfandrecht betreffenden Bestimmung von § 6 ZPO. — in Betracht. Bei allen Konkursfeststellungsprozessen ist § 148 KO. zu beseitigen und der Nennbetrag der Forderung — beim Vorgehen des widersprechenden Gläubigers der der geringeren Forderung — zum Streitwert zu erheben. Andererseits dürfte eine Streichung von § 148 KO. die praktische Folgerung nahelegen, aus Billigkeitsrücksichten für alle Konkursfeststellungsprozesse die Gerichts- und Anwaltskosten zu ermäßigen, nämlich etwa nur die Hälfte der sonst üblichen Gebührensätze zu berechnen. Für die Praxis aber bleibt einstweilen nur übrig, vor den Schwierigkeiten des § 148 nach Möglichkeit — unter weiter Ausdehnung des „freien" Ermessens — sich zu verschließen.

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 164. R. **06** Ziff. 2291 (München). Im Bereich der tabellarischen Feststellung wirkt nicht der alte Vollstreckungstitel, weder allein noch neben dem neuen, sondern lediglich der neue Vollstreckungstitel.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173. Literatur: Pentimesos, Der Zwangsvergleich mit besonderer Berücksichtigung des griechischen Konkursrechts, Berlin 1906. — Lieblich, Der Zwangsvergleich ohne Konkurs, und der Gesetzentwurf über die Einberufung der Gläubiger, Wien 1906.

1. PosMschr. **05** 191 (Königsberg). Die Vergleichswirkungen des Zwangsvergleichs erstrecken sich auch auf solche nicht bevorrechtigte Forderungen, die im Konkurse nach Maßgabe des § 69 KO. verfolgt werden müssen, d. h., die nicht auf einen Geldbetrag gerichtet, aber in Geld schätzbar sind. Auch die Gläubiger solcher Naturalansprüche können nach dem Zwangsvergleich nur prozentuale Geldabfindung fordern, ob ihre Ansprüche angemeldet waren oder nicht.

2. **RG.** JW. **06** 316. Ein Gläubiger, der beim Privatvergleich für seinen in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner einem Abkommen zustimmt unter der ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Bedingung einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, kann an seine Zustimmung nicht gebunden sein, sobald die gestellten Bedingungen nicht erfüllt werden.

3. R. **06** Ziff. 2292 (München). Vor der Konkurseröffnung entstandene Prozeßkosten werden durch einen Zwangsvergleich nicht berührt, wenn der Prozeß einen nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Anspruch betrifft (so Unterlassung einer Handlung des Gemeinschuldners).

4. BraunschwZ. **06** 111 (Braunschweig). Wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag macht, wonach die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger sich mit einer bestimmten Quote ihrer Forderungen begnügen sollen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß diese Quote auf derselben Grundlage berechnet werden solle, wie die Konkursdividende, und daß daher Nebenforderungen, die nach § 63 KO. von der Geltendmachung im Konkursverfahren ausgeschlossen sind, auch beim Zwangsvergleich außer Betracht bleiben. Hat dieser nun einen Erlaß der Restforderung zum Inhalt, so fallen unter den Erlaß auch die seit Eröffnung des Konkursverfahrens laufenden Zinsen auf die Zwangsvergleichsquote; die diesbezüglichen Zinsansprüche erlöschen mit Annahme des Zwangsvergleichs (Petersen, KO. § 193 Anm. 2).

§ 175. *Neumeyer, ZStrW. **27** 37 ff. Verurteilung im Auslande ist gleichwertig, sofern die Handlung auch nach deutschem Rechte betrüglicher Bankerutt ist. Unter der gleichen Voraussetzung genügt Anhängigmachen eines Verfahrens im Auslande.

§ 178. **RG.** R. **06** Ziff. 1197. Die Vorschrift, daß durch einen Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen des Gemeinschuldners nicht berührt werden, ist auf den Fall des außergerichtlichen Liquidationsverfahrens nicht anwendbar.

§§ 190 ff. R. **06** Ziff. 2293 (Colmar). Nicht schon mit der Rechtskraft des den Zwangsvergleich bestätigenden Beschlusses des Konkursgerichts, sondern erst mit der Aufhebung des Konkursverfahrens erlangt der Gemeinschuldner das Recht, über die bisherige Konkursmasse frei zu verfügen. Schon die Stellung des § 192 KO. hinter dem § 190 läßt erkennen, daß im § 192 KO. die vorgängige Aufhebung des Konkursverfahrens vorausgesetzt ist. Gegenüber der Klage eines Konkursgläubigers gegen den früheren Gemeinschuldner auf Zahlung der Zwangsvergleichsrate, also einer Klage auf Leistung, die ihrer Natur nach nicht aus der Konkursmasse bewirkt werden kann, ist dieser passiv legitimiert, wenn zur Zeit der Schlußverhandlung dieses Prozesses das Konkursverfahren aufgehoben war, mag es auch zur Zeit der Zustellung der Klage erst bis zur Bestätigung des Zwangsvergleichs gediehen gewesen sein.

§ 191. 1. PosMschr. **05** 170, R. **06** Ziff. 802 (Posen). Der prozessierende Konkursverwalter hat die Pflicht, einen zur Deckung der gesamten Prozeßkosten ausreichenden Betrag sicherzustellen.

2. BraunschwZ. **06** 108 (Braunschweig). Sobald die Aufhebung des Konkursverfahrens infolge rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs vom Gericht ausgesprochen und nach gehöriger Bekanntmachung in Wirksamkeit getreten ist, ist der Konkursverwalter zur Fortführung schwebender Prozesse nicht mehr befugt, vielmehr tritt der Gemeinschuldner kraft Gesetzes in den anhängigen Prozeß ein, ohne daß es dazu einer Anzeige oder Aufnahme bedarf (ZPO. §§ 240, 241).

§ 193. Abs. 1. **a)** **RG.** JW. **06** 36. Die Forderung des Bürgen, der den Gläubiger des Gemeinschuldners befriedigt hat, und sein aus einem vom Gemeinschuldner verübten Betrug abgeleiteter Anspruch ist als Konkursforderung aufzufassen, wird daher durch einen Zwangsvergleich mitbetroffen. Für die Zulassung einer Forderung zum Konkurse genügt allerdings nicht, daß derzeit ein Schuldverhältnis bestand, aus dem später eine Forderung entstehen konnte, eine Konkursforderung ist vielmehr dann vorhanden, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung ein Rechtsverhältnis bestand, aus dem schon ein Anspruch gegen den Gemeinschuldner entstanden war, mochte der Anspruch damals nach Art und Betrag nicht bestimmt sein. **b)** **RG.** JW. **06** 37. Die Bestimmung im § 193 KO. steht allen Konkursgläubigern entgegen, auch denen, die sich am Konkursverfahren nicht beteiligt haben, und deshalb auch denen, die eine Beteiligung unterließen, weil sie ihre Forderung nicht kannten.

§ 194. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 579. Den bevorrechtigten Konkursgläubigern wird im Falle des Zwangsvergleichs ebenfalls das Recht zugestanden werden müssen, ihre Forderungen gegen den Schuldner unmittelbar beizutreiben. Vollstreckungstitel ist für sie natürlich nicht der Zwangsvergleich, sondern der die Feststellung ergebende Tabellenauszug. Dies wird mit Unrecht bestritten (Oetker bei Buchka-Oetker-Lehmann 160, dafür Sydow-Busch Anm. 1 zu § 194). Zwar ist es in der KO. nicht ausdrücklich gesagt; aber wenn die Vorrechtsgläubiger in den Fällen der Einstellung des Verfahrens (KO. § 206) und der Aufhebung nach Schlußverteilung (KO.

§ 164) auf Grund des Tabellenauszugs vollstrecken können, so müssen sie auch im Falle der Aufhebung nach Zwangsvergleich dazu berechtigt sein.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

Literatur: Bett, Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung. Leipzig 1904. — Wiesner, Der Konkurs der GmbH., ABürgR. 28 298—376.

§ 212. R. 06 Ziff. 993 (Colmar). Wenn nur über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder nur über das Privatvermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet ist, findet § 212 KO. keine Anwendung, sondern können die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen zum vollen Betrage sowohl gegen die Gesellschaft als gegen den einzelnen Gesellschafter geltend machen.

Zu §§ 214 ff. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 586. Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurse kann, da der Erblasser nicht mehr lebt und der Nachlaß Körperschaftsrechte nicht hat, nur der Erbe sein. Abwesenheit oder Unbekanntschaft des Erben steht dieser Annahme nicht entgegen, da alsdann ein Pfleger für ihn vorhanden sein muß. Der Erbe, insbesondere wenn er die Haftungsbeschränkung noch nicht verwirkt hat, tritt aber nur in seiner Eigenschaft als rechtlicher Träger der zur Nachlaßmasse zusammengeschlossenen Rechte und Pflichten, also nur mit einem Sondervermögen in den Konkurs ein. Deshalb werden von der Anwendung auf den Erben eines im Konkurse befangenen Nachlasses alle diejenigen Vorschriften der KO. auszuschließen sein, welche auf einer den Gemeinschuldner treffenden Ehrenminderung oder auf Bedenken gegen seine Zuverlässigkeit beruhen, wie der Verlust des Wahlrechts, die Unfähigkeit zu gewissen Ämtern, die Beschränkung der persönlichen Freiheit. Unanwendbar erscheinen ferner die Vorschriften über die Briefsperre und über die dem Gemeinschuldner zu gewährende Unterstützung. Ein Offenbarungseid kann zur Feststellung der Masse zwar auch von dem Erben gefordert werden, aber nicht der durch Haft erzwingbare Offenbarungseid des § 125 KO., § 807 ZPO., sondern nur der Offenbarungseid des bürgerlichen Rechtes, der sog. „Inventareid" (BGB. § 2006). Die Nichtleistung dieses Eides führt zur unbeschränkten Haftung gegenüber dem Gläubiger, der den Offenbarungseid verlangt hatte. Dem Konkursverwalter wird aber das Recht, vom Erben diesen Offenbarungseid zu verlangen, nicht zugestanden werden können, da der Verwalter nicht Vertreter der Nachlaßgläubiger ist.

§ 217. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 542. Ob, wenn bereits über das Vermögen des Erben der Konkurs schwebt, noch nachträglich Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs eröffnet und damit das Nachlaßvermögen aus der Konkursmasse des Erben wieder ausgeschieden werden kann, ist streitig (dafür Seuffert, BuschsZ. 22 506, dagegen Oetker bei Buchka-Oetker-Lehmann 150). Die großen rechtlichen Schwierigkeiten, welche aus diesem Zusammentreffen zweier Konkurse und der nachträglichen Bildung zweier Massen entstehen, können aber an sich nicht dazu führen, die Zulässigkeit zu verneinen und damit den Nachlaßgläubigern ihr Recht auf unverkümmerte Befriedigung aus dem Nachlasse zu nehmen.

§§ 224, 226. RG. JW. 06 22. Die Erben des H. M., über dessen Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet worden war, hatten zu amtsgerichtlichem Protokoll als „Nachlaßschuld" anerkannt: „Als von H. M. übernommen 4500 M. nebst 4 pCt. Zinsen seit 1. Juli 1901 zugunsten der Witwe Elise Erben; diese „Schuld" hatte aber der verstorbene H. M. nicht anerkannt. Die in dieser Form begründete Verpflichtung ist als Nachlaßverbindlichkeit aufzufassen.

§ 230. *Siméon, Recht und Rechtsgang 589. Daraus, daß die Worte „oder Nachlaßvertreter" in der neuen Fassung gestrichen sind, darf nicht der

Schluß gezogen werden, daß nunmehr den Nachlaßpflegern und Testamentsvollstreckern die Befugnis zum Abschluß eines Zwangsvergleichs fehlt. Ihre Vergleichsbefugnis richtet sich vielmehr nach ihrer aus dem BGB. zu entnehmenden Vertretungsmacht. — Dernburg, BürgR. V 374, meint, daß ein Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse praktisch nicht vorkommen werde, weil es zweifelhaft ist, ob nicht der Erbe über die Vergleichsleistungen hinaus nach BGB. § 1973 in Anspruch genommen werden könne. Der § 1989 verweist auf § 1973, es lasse sich aber nicht aufklären, in welchem Sinne die „entsprechende Anwendung" gemeint sei. Die Erfüllung des Zwangsvergleichs muß indessen für die an dem Vergleiche teilnehmenden Gläubiger als volle Befriedigung gelten. Der § 1973 kommt danach nur für die Ansprüche der am Vergleiche nicht beteiligten, d. h. der zurückgesetzten Gläubiger in Frage: Der Erbe hat ihnen gegenüber auch dann die Erschöpfungseinrede, wenn der Nachlaßkonkurs durch Zwangsvergleich beendet ist.

§ 232. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 588. Aus dem Antragsrechte des Erbschaftsverkäufers ergibt sich die eigenartige Erscheinung, daß jemand einen Konkurs durch seinen Antrag herbeizuführen berechtigt ist, an dem er weder als Gemeinschuldner noch als Gläubiger beteiligt zu sein braucht.

§ 236. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 591. Neben dem Gesamtgutskonkurs ist nicht nur ein Konkurs über das persönliche Vermögen des überlebenden Gatten, sondern auch noch ein Nachlaßkonkurs über das Sondergut des verstorbenen Gatten möglich. Schließlich könnte auch noch ein vierter, fünfter, sechster Konkurs über das eigene Vermögen der Abkömmlinge eröffnet werden, z. B. in dem Falle, wenn diese für die nicht das Gesamtgut treffenden Nachlaßverbindlichkeiten, für die sie als Erben des verstorbenen Elternteils aufzukommen haben, durch Versäumung der Inventarfrist unbeschränkt haftbar geworden sein sollten.

§ 237. *Neumeyer, SeuffBl. **06** 333 ff., insbes. 340 ff. Partikuläre Staatsverträge Preußens und Sachsens (nicht auch Württembergs) mit Österreich, Bayerns und Württembergs mit der Schweiz bedingen Abweichungen von dem in Deutschland sonst geltenden internationalen Konkursrechte. Die Vereinbarungen gelten für die vertragschließenden, aber nicht für die übrigen Bundesstaaten, für das Reich, wenn es eine Angelegenheit als Landessache dieses Bundesstaats zu behandeln hat, aber nicht in anderen Fällen. Mittelbare Übergriffe in dem Rechtszustand eines anderen Bundesstaats bleiben möglich. Vgl. auch EGBGB. Art. 56, ZPO. § 328.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§ 240. 1. **RG.** R. **06** Ziff. 1869. Wenn angenommen wird, daß einem Handwerker wegen seines neben dem Handwerksbetriebe herlaufenden Handelsbetriebs — wegen des zum Zwecke der Wiederveräußerung erfolgten Bezugs von Waren aus einem Warenhause — die Eigenschaft eines Vollkaufmanns beizumessen sei, so bedarf es näherer Angaben über den Umfang und die Bedeutung dieser Handelsgeschäfte und über das Verhältnis des einen und des anderen Geschäftsbetriebs. An sich tritt ein Handwerker dadurch, daß er zugleich fremde Fabrikate zum Zwecke des Wiederverkaufs anschafft, aus dem Kreise der Handwerker noch nicht heraus. Auch durch den Eintrag im Handelsregister kann die Eigenschaft als Vollkaufmann nicht hergestellt werden, wenn die Voraussetzungen für die Annahme dieser Eigenschaft fehlen.

2. Ziff. 3. **RG.** R. **07** Ziff. 263. Wenn im § 240 Ziff. 3 u. 4 KO. und in §§ 38, 39 HGB. auch zwischen den Handelsbüchern im engeren Sinne und

den Bilanzen unterschieden wird, so gilt die Bilanzziehung doch als eine zur Buchführung im weiteren Sinne gehörige Tätigkeit; eine falsche Bilanzziehung unterfällt daher der Vorschrift des § 240 Ziff. 3 KO., sofern sie infolge der darin enthaltenen Fehler nicht mehr geeignet ist, eine Übersicht des wahren Vermögensbestandes zu gewähren. Wenn früher die Bücher unordentlich geführt worden sind, so schließt die spätere Ordnungsmäßigkeit der Buchführung die Bestrafung aus § 240 Ziff. 3 KO. nur dann nicht aus, wenn mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung der Sachlage die Mängel der früheren Buchführung noch zur Zeit der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung fortwirkend erscheinen.

3. **RG.** GoltdA. **53** 73. Die im § 2 HGB. ausgesprochene Vermutung, wonach mit der Eintragung in das Handelsregister die Vermutung begründet wird, daß der Eingetragene Kaufmann sei, hat nur bürgerlich-rechtliche, nicht aber strafrechtliche Bedeutung; sie ist für das Strafrecht und das Strafverfahren mit dem Grundsatze der materiellen Wahrheit und deren Erforschung nicht vereinbar.

§ 241. 1. **RG.** R. **06** Ziff. 1870. Besteht die Sicherheit, die dem zu begünstigenden Gläubiger gewährt werden soll, in der Eintragung einer Hypothek, für die die Erteilung eines Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen wird, so kann von einer Gewährung dieser Sicherheit erst die Rede sein, wenn der Hypothekenbrief dem Gläubiger übergeben oder die Übergabe durch die im § 1117 Abs. 2 BGB. erwähnte Vereinbarung ersetzt wird.

2. **RG.** R. **06** Ziff. 1871. Der § 241 KO. setzt begrifflich nicht voraus, daß der Täter zur Zeit der Tat seine Zahlungen eingestellt hatte, sondern der Tatbestand ist schon dann gegeben, wenn ein Schuldner, der überhaupt seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist — sei es auch nach der dem § 241 unterfallenden Handlung — zum Zwecke einer Gläubigerbegünstigung die verpönte Sicherung oder Befriedigung gewährt.

Anfechtungsgesetz.

Literatur: Henle, Die Gläubigeranfechtung von Eheverträgen, JW. **06** 700. — Kohn, Der Anfechtungsanspruch nach dem RGes. v. 7. 7. 79, KGBl. **06** 53. — Meyer, Gegenstand der Gläubigeranfechtung bei einer zugunsten eines bestimmten Dritten auf den Todesfall genommenen Lebensversicherung, R. **06** 232.

Vor § 1. 1. R. **06** Ziff. 2158 (Karlsruhe). Die Bestimmungen des BGB. sind auf das Anfechtungsrecht nicht anwendbar, soweit es sich um Inhalt und Umfang der Rückgewähr handelt; denn § 7 AnfG. regelt diese Materie selbständig. Sonach bleiben die §§ 273, 274 BGB. außer Betracht. Aber auch aus dem AnfG. selbst läßt sich im allgemeinen ein Zurückbehaltungsrecht des Anfechtungsbeklagten bis zum Ersatze von Aufwendungen nicht ableiten.

2. **RG.** PosMschr. **06** 143. Der Anfechtungsgegner beseitigt die Klage stets dann, wenn er nachweist, daß der Kläger durch das anzufechtende Rechtsgeschäft eine Beeinträchtigung seines eigenen Rechtes überhaupt nicht erlitten habe. Die Klage ist abzuweisen, wenn die durch die angefochtene Vorhypothek angeblich gefährdete Hypothek des Anfechtungsklägers in der Subhastation zur Hebung gekommen ist.

§ 1. Siber, IheringsJ. **50** 166 ff. Völlig grundlos ist die Behauptung von Wach, daß Vermögensentäußerung des Bürgen nicht anfechtbar sei.

§ 3. I. 1. **RG.** R. **06** Ziff. 1355. Ein Rechtsgrundsatz, demzufolge bei Erfüllungs- oder Deckungsgeschäften eine fraudulose Absicht des Schuldners nur

Schuldners nur ausnahmsweise anzunehmen sei, namentlich, wenn besondere, diese Absicht klarstellende Verabredungen dargetan seien, besteht nicht.

2. R. **06** Ziff. 2005 (Cöln). Bei Entscheidung der Frage, ob eine Anfechtung innerhalb der in §§ 3 Ziff. 2—4 und 12 AnfG. vorgesehenen Frist erfolgt ist, darf nicht auf eine in einem früheren Prozesse fristgemäß erklärte Anfechtung zurückgegangen werden. Die im Prozesse zu erklärende Anfechtung dieser Art hat keine rechtsgeschäftliche Bedeutung wie im § 142 BGB., sie ist nichts anderes als die Geltendmachung des bestehenden Anfechtungsanspruchs. Sie beschränkt sich daher in ihren Wirkungen auf den Prozeß, in dem durch Klage, Widerklage oder Einrede der Anfechtungsanspruch erhoben wird.

3. **RG.** JW. **06** 179. Die neuere Rechtsprechung des RG. geht keineswegs dahin, daß es bei den auf Befriedignng des Gläubigers abzielenden Geschäften, mag ein reines Erfüllungs= oder ein Deckungsgeschäft in Frage sein, grundsätzlich des Nachweises besonderer Umstände bedarf, aus denen gerade die auf die Benachteiligung der übrigen Gläubiger gerichtete Absicht des Schuldners und deren Kenntnis auf seiten des Anfechtungsgegners zu entnehmen sei. Vielmehr hat sich der erkennende Senat in zahlreichen Entscheidungen zunächst für die Fälle des § 3 Ziff. 2 AnfG. und den hiernach zu führenden Gegenbeweis, dann aber auch für die Fälle des § 3 Ziff. 1 dahin ausgesprochen, daß ein solcher Rechtssatz nicht bestehe, demzufolge bei Erfüllungs= oder Deckungsgeschäften eine fraudulose Absicht des Schuldners nur ausnahmsweise, namentlich wenn besondere, diese Absicht klarstellende Verabredungen dargetan seien, anzunehmen sei.

4. **RG.** JW. **06** 179. Mit dem Drängen des Gläubigers auf Sicherung ist sehr wohl vereinbar, daß der Schuldner sie gewährt, um seinen sonstigen Gläubigern das Nachsehen zu lassen.

5. **RG.** JW. **06** 180. Zu erwägen ist, ob nach der Gesamtheit der obwaltenden Umstände die Benachteiligungsabsicht und deren Kenntnis als ausgeschlossen gelten können, ob der Schuldner bei Ausstellung der vollstreckbaren Urkunde gewußt hat, daß er damit seinem Gläubiger ein die übrigen Gläubiger schädigendes Befriedigungsmittel an die Hand gebe, und ob aus diesem Bewußtsein auch die Benachteiligungsabsicht zu folgern ist, was unbedenklich schon dann bejaht werden kann, wenn die Benachteiligung die notwendige Folge der dem Gläubiger eingeräumten Deckung war und vom Schuldner als solche erkannt wurde.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1115. Hat ein Schuldner sein Vermögen einem Treuhänder überlassen, damit dieser aus demselben, soweit möglich, die Gläubiger nach und nach befriedige und so der Konkurs abgewendet werde, so kann diese Maßregel von den mit ihr nicht einverstandenen Gläubigern nicht nach § 3 AnfG. angefochten, sondern lediglich Eröffnung des Konkurses beantragt werden.

II. Ziff. 2. 1. **RG.** R. **06**, JW. **06** 390 Ziff. 2417. Durch den Nachweis des Vorhandenseins eines Erfüllungsgeschäfts wird die Vermutung des § 3 Ziff. 2 nicht widerlegt. Die Beweislast kehrt sich nicht zuungunsten des Anfechtungsklägers um, aber der Richter wird in der Regel zunächst die Überzeugung gewinnen, daß dem Schuldner, der nur gewährt, was der andere Teil zu fordern hat, die Benachteiligungsabsicht gefehlt hat, und daß, wenn sie doch bestanden hat, der Anfechtungsgegner sie nicht gekannt hat, und das Gegenteil wird daher erst aus besonderen Umständen nachzuweisen sein.

2. **RG. 63** 92, JW. **06** 345. Unter „Ehegatte“ des Schuldners ist auch der frühere (verstorbene, geschiedene) Ehegatte zu verstehen.

3. R. **06** Ziff. 2921 (Frankfurt a. M.). Es besteht keine Beweisregel, daß durch ein sog. Deckungsgeschäft die Vermutung aus § 3 Ziff. 2 widerlegt wird,

vielmehr ist in jedem Einzelfalle an der Hand allgemeiner Erfahrungssätze in freier Beweiswürdigung zu prüfen, welche Beweiskraft dem Erfüllungs- oder Deckungsgeschäfte beizumessen ist.

§ 4. R. **06** 447 (Braunschweig). Ein gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil ist vor der Sicherheitsleistung kein vollstreckbarer Titel i. S. des AnfG.

§ 7. Literatur: Schultz, Zu § 7 AnfG., DJZ. **06** 1134.

1. DJZ. **06** 770 (Karlsruhe). Die §§ 273, 274 BGB. bleiben außer Betracht. Ein Zurückbehaltungsrecht bis zum Ersatze der Aufwendungen ist unzulässig. Der Ausgleich muß vielmehr im Urteil in der Form zum Ausdruck gebracht werden; aus dem Erlöse ist jedoch der Beklagte mit seinem Anspruche von x M. vom Kläger zu befriedigen.

2. Schultz, DJZ. **06** 1194 f. Hat der Schuldner Werte, die noch gar nicht zu seinem Vermögen gehörten, in das des Anfechtungsgegners hinübergespielt, so ist der Anspruch auf Rückgewähr der so erlangten Gegenstände für zulässig zu erachten, obgleich — rein formell — von einer „Rückgewähr" eigentlich keine Rede sein kann. Es ist für gleichbedeutend zu erachten, ob die Gegenstände als solche des Schuldners oder in veränderter Gestalt, nämlich als Entgelt für Aufwendungen, aus dem Vermögen des Schuldners in das des Anfechtungsgegners gelangt sind. Hat der Schuldner für einen anderen und auf dessen Namen eine Sache gekauft und übergeben erhalten und den Zug um Zug zu entrichtenden Kaufpreis schenkungsweise aus eigenen Mitteln bezahlt, so unterliegt die Kaufsache dem Rückgewähranspruch aus § 7 AnfG. Da sie ohne Zahlung des Kaufpreises nicht zu erlangen gewesen wäre, ist sie tatsächlich nur „durch Aufwendungen aus dem Vermögen des Schuldners" erlangt; sie ist das Entgelt für solche Aufwendungen, und die Kaufpreissumme ist „in veränderter Gestalt", nämlich in der des dafür erworbenen Gegenstandes, in das Vermögen des Anfechtungsgegners hinübergespielt. Anders könnte der Fall zu beurteilen sein, wenn der Gegenstand auf Kredit gekauft und übergeben wäre und der Schuldner nur nachträglich die Kaufpreisschuld des anderen getilgt hätte. Dann würde der Rückgewähranspruch wohl lediglich auf Erstattung der Kaufpreissumme zu richten sein, durch deren Zahlung ja nichts mehr erworben, sondern nur der Anfechtungsgegner von einer Verbindlichkeit befreit ist.

§§ 7, 9. Kohn, KGBl. **06** 53—55. Der Anspruch entsteht mit der anfechtbaren Handlung als solchen, nicht erst mit der Geltendmachung des Anfechtungsrechts. Der Anfechtungsgegner hat die Wahl, welchen der anfechtenden Gläubiger er befriedigen will. Der Anfechtende kann nur geltend machen, daß die Befriedigung des anderen Gläubigers nicht beabsichtigt gewesen oder daß eine Rückgewähr im Sinne des Gesetzes nicht erfolgt sei. Das hat er zu beweisen. Gewinn und Nutzungen verbleiben dem Anfechtungsgegner. Durch die Anfechtungsklage wird die Streitbefangenheit im Sinne des § 265 ZPO. begründet.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Auch im letzten Berichtsjahre hat die Rechtsprechung Gelegenheit gehabt, auf allen Gebieten des formellen Grundbuchrechts sich zu äußern, ohne daß wesentliche neue Gesichtspunkte zutage getreten sind. Die Frage, ob und wieweit der Nacherbe bei Verfügungen des Vorerben als Passivbeteiligter anzusehen sei, beschäftigt, nachdem das Reichsgericht — vgl. JDR. **4** Ziff. 1g zu § 41 — gesprochen hat, vornehmlich

die Widersacher dieser Entscheidung; bemerkenswert ist aber eine Entsch. des OLG. Stuttgart — u. Ziff. 2 h zu § 41 —, welche in dem behandelten Falle das Vorhandensein eines Nacherbrechtsverhältnisses verneint.

In Sachsen-Weimar ist ein AGGBO. v. 18. 5. 06, RegBl. 205, erlassen worden, in Schaumburg-Lippe hat die landesh. VO. zur Ausführung der GBO. usw. v. 2. 12. 99 durch die landesh. VO. v. 17. 3. 06 (LVO. 185) eine Ergänzung erfahren. In Preußen ist durch JMVf. v. 14. 5. 06 (JMBl. 145) die Beschäftigung der Katasterlandmesser bei den GBÄmtern vorgesehen worden (besprochen R. **06** 674); vgl. auch R. **06** 551: Führung der Grundbücher und der Steuerkataster durch den nämlichen Beamten.

Literatur: Fischer, GBO. nebst den preuß. AusfGesetzen (4). Berlin 1906. — Fuchs-Arnheim II, Formelles Grundbuchrecht, 6. Heft. Berlin 1906. — Klumpp (über ländliches Urkundswesen in Württemberg), ZBlFG. 7 231, dazu DNotV. **06** 807. — Auszug aus den Grundbuchvisitationserlassen des Kgl. JM. vom Jahre 1905, WürttZ. **06** 15, 49, 52, 75. — Krech, GBO. (3) (besondere Ausgabe für Preußen). — Ferner Meyer, Das erste Jahr Grundbuchrecht im rechtsrheinischen Bayern, BayRpflZ. **06** 35. — Pannier, GBO. für das D. R. — Predari, GBO. (mit der 5. Lieferung vollständig unter Mitwirkung von du Chesne). — Schröder, Grundbuchentsch. V. — Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (3) II GBO. — Weltzien, Aus der Praxis des GBA. für ritterschaftliche Landgüter in Schwerin, MecklZ. **25** 70. Vgl. auch die Literaturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: S. die zum FGG. erwähnte Abhandlung von Unger, BuschsZ. **36** 1.

§ 3. 1. v. Henle, R. **06** 68, hält gegen Güthe, GBO., seine im R. 85 vertretene Ansicht aufrecht, daß das Reichsrecht die gesonderte Buchung von ideellen Grundstücksanteilen nicht ausschließe, die Frage vielmehr nach Landesrecht zu beurteilen sei. Vgl. BayDAnw. f. d. GBA. v. 27. 2. 05 § 220 u. Klumpp (2) I 116. AM. Turnau-Förster (3) II 38, Männer 89 Anm. 16.

2. Zimmermann, BayRpflZ. **06** 38. Die nach Bayr. HypRechte zulässigen Sperr- und Schutzfolien für buchungspflichtige Grundstücke haben nach Anlegung des Grundbuchs außer Ansatz zu bleiben.

§ 5. 1. BayObLG. **6** 485. Der Art. 5 BayAGGBO. ist nicht anwendbar, wenn bezüglich eines der Grundstücke, die mit anderen zu einem Grundstücke vereinigt werden sollen, das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist.

2. BayObLG. **6** 491. Der Art. 5 BayAGGBO., wonach das zuständige GBA. durch das ObLG. zu bestimmen ist, trifft nur zu, wenn Grundstücke, die in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter liegen, zu einem Grundstücke vereinigt werden sollen (§ 890 Abs. 1 BGB.). Im Falle des § 890 Abs. 2 ist nach Art. 6 AG. für die Entscheidung über den Antrag das GBA. zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem das andere zugeschrieben werden soll.

§ 6. OLG. **14** 85 (KG.). Wenn das Gesetz die Belastung eines Grundstücksteils mit einer Dienstbarkeit oder Reallast ausnahmsweise auch ohne Abschreibung des Teiles zuläßt, sofern hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist, so gestattet dies die Ausdehnung auf Erbbaurechte nicht. Die Einräumung eines Vorranges unter Beschränkung auf einem realen Grundstücksteil steht der Belastung dieses Teiles mit einem Rechte für die grundbuchmäßige Behandlung vollkommen gleich. Vgl. KGJ. **15** 134.

§ 9. Dennler, BayNotZ. **06** 95, wünscht eine Ermächtigung der Landesgesetzgebung, vorzuschreiben, daß an Stelle der Aufbewahrung einer Abschrift der Urkunde beim GBA. die Verweisung auf die bei einem Notariat des Amtssitzes verwahrte Urkunde genügt.

§ 11. 1. Die Entsch. des LG. München — IDR. **4** Ziff. 4 zu § 11 — ist vom BayObLG. **6** 519, SeuffBl. **06** 394, bestätigt mit der Begründung, daß die Zuwendung verwaister Ewiggelder in München an eine örtliche Stiftung mit der am 1. 5. 05 eingetretenen Umwandlung der Ewiggelder in Rentenschulden des BGB. weggefallen sei.

2. OLG. **12** 175 (KG.). Das Recht auf Einsicht des Grundbuchs erfordert, daß für den Antragsteller, sei es zur Wahrnehmung seiner eigenen Rechtsangelegenheiten, sei es zur Besorgung von Geschäften eines anderen, den er zu vertreten befugt ist, ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse an Erlangung der Abschrift bestehe. KGJ. **20** A 175. Ein Mitglied der Gemeindevertretung einer evangelischen Kirche ist nicht berechtigt, die Rechte der Kirchengemeinde nach außen wahrzunehmen, und hat daher auch kein Recht auf Einsicht des Grundbuchs.

3. *Wilhelm, ElsLothNotZ. **06** 194. In Elsaß-Lothringen ist durch VO. v. 5. 12. 99 das Recht zur Einsichtnahme in das Grundbuch, in die Anlagen und noch nicht erledigten Anträge (und damit auch auf Erteilung von Abschriften aus dem Grundbuche) ohne die Notwendigkeit, ein berechtigtes Interesse darzulegen, gewährt worden: den Notaren und Rechtsanwälten, den öffentlichen Behörden und Beamten des Reiches und des Landes zu amtlichen Zwecken. Auf die Gemeindebeamten bezieht sich die Vergünstigung nur, wenn sie in Wahrnehmung staatlicher Funktionen und somit als Landesbeamte die Einsicht verlangen, z. B. also zu baupolizeilichen Zwecken oder in Angelegenheiten des Vermessungswesens. Zur Auskunfterteilung besteht keine Rechtspflicht, sondern nur ein nobile officium, doch ist auch dieses ausgeschlossen, wenn die Auskunfterteilung nur zum Zwecke der Umgehung der zur Kenntnisnahme gesetzlich vorgeschriebenen Formen (gesetzlicher Weg der Einsichtnahme, Erteilung von Abschriften) und zur Gebührenentziehung gebraucht wird, da wo sie einen Mißbrauch bedeutet. Wann solch ein Mißbrauch vorliegt, ist nur nach den Umständen des Falles zu entscheiden. Jedoch wird man auseinanderhalten müssen: Anfragen seitens Inhaber eingetragener Rechte und Anfragen Dritter, ferner Anfragen von Personen, die am Sitze des Grundbuchamts wohnen, und solche von auswärtigen.

§ 12. 1. Schellhorn, HirthsAnn. **06** 631, führt als Grundbuchbeamte im Sinne des § 12 auch die Richter an, die in höherer Instanz in Grundbuchsachen entscheiden, dagegen erachtet er den § 839 Abs. 2 BGB. auf Grundbuchbeamte und Mitglieder der Beschwerdegerichte nicht für anwendbar.

2. MecklZ. **24** 342 (LG. Schwerin). Grundbuchbeamter ist auch der Grundbuchführer, soweit er für das GBA. amtlich tätig ist, insbes. bei der Entgegennahme von Urkunden. Reichte daher der Zessionar einen Grundschuldbrief bei ihm ein und ersah er aus dem mitüberreichten Schriftstücke, daß nicht von diesem, sondern von dem bisherigen Gläubiger der Antrag auf Umschreibung gestellt war, so war es seine Sache, diese für die Erledigung des Antrags wichtige Tatsache aktenkundig zu machen, damit sie bei der demnächstigen Dekretur berücksichtigt werden konnte. Lehnte daher der Grundbuchrichter die beantragte Umschreibung aus einem formellen Grunde ab und erfolgte die Rückgabe der Urkunde an den bisherigen Gläubiger, so tritt die Schadensersatzpflicht des Grundbuchführers nach § 12 ein, wenn der bisherige Gläubiger durch anderweite Abtretung der Grundschuld an einen gutgläubigen Dritten über die Grundschuld zum Nachteile des früheren Zessionars verfügt.

3. RG. IW. **06** 132, BayRpflZ. **06** 140, GruchotsBeitr. **50** 1005. Der Grundbuchrichter handelt nicht fahrlässig, wenn er nach eigener Prüfung zu einer unrichtigen Ansicht gelangt und deshalb, weil er die Legitimation des TV. be-

zweifelt, die Beurkundung einer Auflassung ablehnt. Anders würde zu entscheiden sein, wenn bereits eine Entscheidung des RG. oder (in Preußen) des KG. ergangen wäre, die alle Zweifel in der betreffenden Rechtsfrage abgeschnitten hätte. Vgl. dazu Frese, ZBlFG. 6 865, der vor „Präjudizienkultus" warnt.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. Literatur: Wunderlich, Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts. Leipzig 1906.

A. Zulässige und unzulässige Eintragungen. 1. **a)** R. **06** 236 (KG).. Eintragungsfähig ist eine Vereinbarung dahin, daß der Grundstückseigentümer nur Zug um Zug gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde zu zahlen brauche. Kirschner aaO. schlägt daher folgende Fassung der Klausel vor: Bei Fälligkeit der Forderung ist der Eigentümer zur Zahlung des Betrags, für welchen das Grundstück haftet, an den Gläubiger nur gegen Aushändigung des HypBriefs und einer öffentlich beglaubigten Urkunde, in welcher der Gläubiger die Hypothekenforderung ohne Gewähr und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abtritt, verpflichtet. **b)** Sächs. RpflA. **06** 198, ZBlFG. **6** 903 (Dresden). Sächsische Erbanwartschaften sind zwar nicht nach § 52 GBO., wohl aber als Verfügungsbeschränkungen auch noch unter neuem Rechte eintragbar (EGBGB. Art. 168). **c)** PucheltsZ. **06** 333, ElsLothJZ. **06** 512 (Colmar). Es ist zulässig, die auf einer französisch-rechtlichen Erbanteilsverpfändung beruhende Verfügungsbeschränkung des Erben auf den einzelnen Nachlaßgrundstücken zu vermerken.

2. **a)** OLG. **12** 281 (KG.) Unzulässig ist die Eintragung ablösbarer Lasten (§§ 6, 91 Abs. 2 PrG. v. 2. 3. 50), insbes. der Pflicht zur Erstattung von Armen- oder Schullasten (EGBGB. Art. 115). **b)** OLG. **12** 20 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung einer Eigentumsübertragung mit der Bestimmung, daß das Grundstück in den nächsten 30 Jahren nur an solche verkauft werden dürfe, die der Versicherungspflicht nach Maßgabe des InvVG. unterliegen (BGB. § 137). **c)** HessRspr. **7** 118 (LG, Mainz). Im Falle der Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 Abs. 1 ZPO.) sind die Kosten der Eintragung (Gerichts- und Anwaltskosten) weder eintragungsbedürftig, noch eintragungsfähig.

3. Vgl. ferner noch Ziff. 2 zu § 883 BGB. (zulässiger und unzulässiger Inhalt von Vormerkungen), Ziff. b zu § 1158 BGB. (keine Eintragung der Abtretung des einem Dritten zustehenden Zinsgenußrechts).

B. Prüfung der Verfügungsbefugnis. 1. RJA. **7** 57, OLG. **12** 162 (KG.). Der Grundbuchrichter hat im Falle der Erteilung der Eintragungsbewilligung durch einen Bevollmächtigten diejenigen ihm bekannten Umstände zu berücksichtigen, welche Zweifel an der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten rechtfertigen, auch wenn dieser eine Vollmachtsurkunde vorlegt. Güthe II 1449, Eccius, GruchotsBeitr. **45** 499, OLG. **10** 68 (KG.).

2. OLG. **12** 340 (KG.). Liegt nach verständigem Ermessen des GBA. im einzelnen Falle Grund zu der Annahme vor, daß der Mutter, die in Ausübung der elterlichen Gewalt eine Hypothekenlöschung bewilligt, ein Beistand bestellt sei, so kann das GBA. zunächst den Nachweis dafür verlangen, daß kein Beistand bestellt sei. Ein Grund zu solcher Annahme liegt vor, wenn bei dem als GBA. zuständigen Amtsgerichte die Bestellung eines Beistandes beantragt, die Sache aber zuständigkeitshalber (§§ 36, 43 Abs. 1 FGG.) an ein anderes Amtsgericht verwiesen worden war. Vgl. JDR. **4** Ziff. C 3 zu § 29, OLG. Rostock (RJA. **6** 246), auch abgedruckt MecklZ. **24** 224 u. KGJ. **31** A 370.

3. OLG. **12** 36 (Königsberg). Ist auf Grund eines Gutsüberlassungsvertrags eine Hypothek für einen verschollenen Sohn eingetragen worden,

ohne daß dieser (nach dem zur Anwendung kommenden früheren preußischen Recht) unmittelbar das Recht auf die Leistung erworben hat, so bedarf es zur Löschung der Hypothek der Zustimmung des Verschollenen. Auf eine Beweiserhebung, ob der Verschollene bisher dem Vertrage nicht beigetreten ist, hat sich das GBA. nicht einzulassen. Zustimmend Josef, BuschsZ. **36** 568.

4. **a)** ElsLothJZ. **06** 311 (LG. Straßburg). Der Ehemann bedarf zur Löschung einer Hypothek an einem zum Gesamtgute gehörenden Grundstücke der Einwilligung der Ehefrau nicht, da es sich hier um eine Verfügung über ein Recht an einem Grundstück handelt, nicht um eine Verfügung über das Grundstück selbst. Dernburg IV 186 Anm. 11. **b)** RJA. **7** 214 (KG.). Das GBA. ist berechtigt, die Eintragung auf Grund einer von fahrnisgemeinschaftlichen Eheleuten erklärten Auflassung, wenn beantragt wird, jeden von ihnen als Eigentümer zur Hälfte einzutragen, dann abzulehnen, wenn die Voraussetzungen dafür, daß das Grundstück von dem Gesamtgut ausgeschlossen ist, nicht nachgewiesen sind.

5. OLG. **14** 132 (KG.). Hat eine Mutter als Vorerbin eine Löschungsbewilligung erteilt, so kann sie nicht als gesetzliche Vertreterin ihrer unter ihrer elterlichen Gewalt stehenden Kinder deren nach dem Gesetze zu ihrer Erklärung erforderlichen Zustimmung erklären. (BGB. § 181).

C. Rechtshilfe. **a)** PosMschr. **06** 96 (Marienwerder). Ein Amtsgericht als GBA. kann von einem anderen Rechtshilfe verlangen. **b)** R. **06** 867, FrankfRundsch. **06** 257 (Frankfurt). Das Gesuch, die Löschungsbewilligung einer Gläubigerin entgegenzunehmen, kann nicht abgelehnt werden, da diese Maßnahme zur Vorbereitung und Erledigung der dem Gerichte zur Pflicht gemachten Geschäfte im Interesse der Beteiligten und einer geordneten Buchführung zweckmäßig und geboten erscheint. **c)** BayRpflZ. **06** 83 (München). Das GBA. ist (in Bayern) nicht berechtigt, das Ersuchen um Beurkundung einer Löschungsbewilligung deshalb abzulehnen, weil das Nachlaßgericht die Beurkundung schon vorgenommen habe, da in Bayern das Nachlaßgericht zu Beurkundungen im Sinne des § 29 GBO. nicht zuständig ist (NachlaßO. v. 20. 3. 03 §§ 65, 74 in V. mit Art. 15 Abs. 2 Satz 2 AGGVG. in der Fassung des Art. 167 I AGBGB.). Vgl. hierzu die Bemerkungen von Weber, BayRpflZ. **06** 138 und Meikel aaO. 370.

§ 13. 1. **a)** Die Entsch. KGBl. **06** 9 — JDR. **4** Ziff. 2 zu § 19 — auch KGJ. **31** A 346, RJA. **7** 50, ZBlFG. **7** 97. **b)** PosMschr. **06** 109 (KG.). Hat das GBA. einen Antrag abgelehnt, so erlischt die grundbuchliche Wirksamkeit des Antrags und die ihm zugrunde liegende Bewilligung, wenn sie nach Lage der Sache erklärt war, den damals gestellten Antrag zu rechtfertigen. Es ist daher nicht angängig, die damalige Entscheidung des GBA. bezüglich des Antrags aufrecht zu erhalten, die dazu gehörige Löschungsbewilligung aber unter veränderter Rechtslage des Grundstücks als Grundlage für einen neuen Antrag eines an der damaligen Eintragung unbeteiligten Dritten heranzuziehen. **c)** KGBl. **06** 40 (KG.). Das Fehlen des nach § 13 erforderlichen Antrags kann dadurch geheilt werden, daß der nach § 15 befugte Notar den Antrag in der Beschwerdeschrift stellt. **d)** ElsLothJZ. **06** 568, ElsLothNotZ. **06** 347 (Colmar). Der Erneuerung eines früher abgewiesenen Antrags steht kein gesetzliches Hindernis entgegen.

§ 14. 1. BayObLG. 6 642. Ein Gläubiger, der auf Grund der vollstreckbaren Erhebungsanweisung das Recht erlangt hat, nach § 866 ZPO. die Eintragung einer Sicherungshypothek für den ihr zugewiesenen Betrag auf dem dem Ersteher zugeschlagenen Grundstücke zu beantragen, ist nach § 14 GBO. berechtigt, die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Erstehers zu beantragen, wenn der Eigentumserwerb des Erstehers dadurch endgültig geworden

ist, daß die Wiederversteigerung nicht mehr beantragt werden kann. Die Berichtigung kann nach den §§ 22, 29 GBO. auf Grund des Versteigerungsprotokolls und des abgeschlossenen Verteilungsplans erfolgen. In das noch nicht vollständig erledigte Verfahren wird dadurch nicht eingegriffen, das Grundstück bleibt bei dem Fortbestehen der Beschlagnahme den Wirkungen des Verfahrens unterworfen, die Eintragung des Erstehers erlangt erst mit der Löschung der Beschlagnahme die Bedeutung, die der auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts erfolgenden Eintragung zukommt.

2. R. **06** 1147, BayNotZ. **06** 154 (BayObLG.). Wer einen vollstreckbaren Titel gegen einen im Grundbuche nicht eingetragenen Berechtigten erlangt hat, kann die Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 40 GBO.).

§ 15. 1. KGJ. **32** A 284, RJA. **7** 136, OLG. **14** 136, DJZ. **06** 1152 (KG.). Wenn eine Eintragungsbewilligung (§ 19) den Eintragungsantrag (§ 13) mitenthält, bedarf es zwar seitens des Notars nicht noch eines besonderen Antrags bei der Übersendung an das Gericht, KGJ. **21** A 153, **23** A 165, **28** A 88, 90. Wenn aber der Notar den bereits gestellten Antrag seinerseits noch einmal wiederholt, entbehrt dieser nicht jeder rechtlichen Bedeutung, vielmehr erlangt der Notar dadurch die Berechtigung, gegen die Ablehnung des Antrags Beschwerde zu erheben. Dagegen kann Predari Note 11 zu § 15 nicht zugestimmt werden, daß dem Notar das Beschwerderecht auch dann zustehe, wenn er die Urkunde ohne Antrag seinerseits dem GBA. überreicht hat (OLG. **1** 266, **7** 332 lit. b, RJA **4** 174, Achilles-Strecker, Willenbücher zu § 15).

2. ElsLothNotZ. **06** 221, 286 (Colmar). Der an das GBA. gestellte Antrag kann nach Erlassung einer Zwischenverfügung der Bewilligung entsprechend berichtigt werden.

3. Wegen des Beschwerderechts des Notars vgl. Ziff. B 2 zu § 71.

§ 16. 1. Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **4** Ziff. 4 zu § 16 — auch OLG. **12** 152. Zustimmend Dennler, BayNotZ. **06** 93 gegen Bay. ObLG. **4** 782.

2. Die Entsch. RJA. **6** 231 (KG.) — JDR. **4** Ziff. 5 zu § 16 — jetzt auch KGJ. **31** A 250 und OLG. **12** 149.

3. *du Chesne, HessRspr. **7** 119 und PosMschr. **06** 134. Ist die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek oder der Verzicht aus § 1160 BGB. nicht zugleich mit der Hypothek eintragbar, so ist die ganze Eintragung abzulehnen (s. auch KG. OLG. **10** 421; aM. BayObLG., SeuffA. **57** 318). Die Eintragung der Hypothek ohne diese Klauseln würde das Grundbuch unrichtig machen.

4. OLG. **13** 197 (wo unrichtig das OLG. Karlsruhe genannt ist), ElsLothNotZ. **06** 286 (Colmar). Ob eine einheitliche Eintragungsbewilligung vorliegt, ist nur nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden und zu verneinen, wenn ein Teil der Bewilligung untergeordneter Natur, von geringfügigem Wert und für den übrigen Teil der Bewilligung ohne Bedeutung ist. Ist daher zwar die Unterwerfung unter die sofortige ZwVollstr. bei der Höchstbetragshypothek unmöglich und ihre Eintragung in das Grundbuch unzulässig, so ist doch den mit dem hierauf gerichteten Antrage verbundenen Eintragungsanträgen zu entsprechen, soweit nicht diese mit ersterem nach dem Willen des Antragstellers ein einheitliches Ganzes bilden und nicht sonst rechtliche Gründe entgegenstehen.

§ 17. **RG.** R. **06** 125. Ein Antrag auf Eintragung im Grundbuche gilt, abgesehen von seiner Zurücknahme, für erledigt: 1. wenn er, sei es sofort oder nach erfolglosem Ablaufe der dem Antragsteller zur Hebung des Hindernisses gestellten Frist zurückgewiesen wird; 2. wenn ihm entsprochen wird, sei es durch endgültige Eintragung oder durch Eintragung einer Vormerkung aus § 18 GBO., nicht

aber schon durch den ergebnislosen Ablauf der zur Hebung des Hindernisses bestimmten Frist, sondern erst durch die ausdrückliche Zurückweisung des Antrags; er behält also, wenn die Zurückweisung unterbleibt, den Vorrang vor anderen, später eingegangenen Eintragungsanträgen.

§ 18. 1. Meikel, SeuffBl. **06** 575. § 18 GBO. behandelt das Verhältnis zwischen dem Grundbuchamt und demjenigen, der eine Eintragung beantragt; dagegen findet er keine Anwendung auf denjenigen, der etwas anderes als eine Eintragung beantragt oder der überhaupt keinen Antrag stellt; denn über die vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen muß von Amts wegen ein Protokoll aufgenommen werden, ohne daß es eines Antrags bedarf (Art. 9 BayAGGBO.).

2. **RG. 62** 140, R. **06** 125, RJA. **6** 268, JW. **06** 71, übereinstimmend mit KGJ. **22** A 3 gegen BayObLG. **4** 608 (auch OLG. **8** 10 u. **9** 382) — JDR. **3** Ziff. 2 zu § 16. Die noch nicht erfolgte Berichtigung des Grundbuchs auf den Namen des Erstehers eines Grundstücks ist einer von ihm nach erlangtem Zuschlage beantragten Hypothekbestellung gegenüber nicht als ein der Eintragung entgegenstehendes Hindernis im Sinne des § 18 anzusehen, vielmehr ist der Ersteher berechtigt, schon vor der Grundbuchberichtigung Eintragungsanträge dem GBA. einzureichen, damit dieses sie durch Eintragung erledige, sobald dies gesetzlich (§ 130 Abs. 3 ZVG.) zulässig sein werde.

3. SächsOLG. **27** 440 (Dresden). Die Eintragung einer Sicherungshypothek ist als „eine andere Eintragung" im Sinne des § 17 und § 18 Abs. 2 GBO. anzusehen, „durch die dasselbe Recht" — z. B. das Recht auf Verlautbarung des Besitzwechsels — „betroffen wird".

4. ElsLothNotZ. **06** 212, 346, ElsLothJZ. **06** 563, OLG. **14** 139 (Colmar). Die Anwendung der nach § 18 dem GBA. freigestellten Form der Zwischenverfügung oder Abweisung des Antrags unterliegt nicht dem willkürlichen Ermessen des GBA. Dieses hat zu prüfen, ob das Hindernis ein leicht zu hebendes ist; vgl. OLG. **8** 307 (KG.). Dies besonders dann, wenn das GBA. anfänglich eine Zwischenverfügung erlassen und der Notar eine ihrem Wortlaut entsprechende Erklärung abgegeben hatte.

5. Vgl. auch u. § 71 D.

§ 19. 1. Rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung. *Wunderlich, Eintragungsbewilligung 67 ff. Die Eintragungsbewilligung ist keine privatrechtsgeschäftliche Willenserklärung, keine Verfügung i. S. des BGB. (Anders die herrschende Meinung.) Denn als privatrechtliches Rechtsgeschäft ist nur die nach dem Willen des Erklärenden für das Privatrecht erhebliche Willenserklärung anzusehen. Die Eintragungsbewilligung ist aber ohne Einfluß auf das materielle Recht (vgl. auch o. Ziff. II zu § 873 BGB.); sie hat nur für das Verfahren, also für das öffentliche Recht Bedeutung. Die Folge, die sie willensgemäß im Eintragungsverfahren auslöst, ist die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Grundbuchrichters, dem Eintragungsantrage stattzugeben. Die Eintragungsbewilligung hat deshalb als prozeßrechtliches Rechtsgeschäft zu gelten. Sie ist ein Dispositionsakt des Passivbeteiligten über den dem Grundbuchrichter vorzulegenden Prozeßstoff. — Die nur für privatrechtsgeschäftliche Willenserklärungen geltenden Vorschriften des BGB. in §§ 104 ff., 116 ff., 130, 181, 185 insbesondere sind auf die dem öffentlichen Rechte angehörige Bewilligung nicht anzuwenden. Die durch Beförderungsmittel an das Grundbuchamt gelangende Bewilligung ist perfekt geworden, sobald sie dem zuständigen Grundbuchbeamten im ordnungsmäßigen Geschäftsgange vorgelegt worden ist. § 130[3] BGB. i. V. mit § 130[1] gilt nicht. →→ Auch § 130[2] BGB.

kommt für die Bewilligung nicht in Betracht; falsch die vom Verf. aaO. 53 Anm. 4 aufgestellte abweichende Behauptung. Red. ←

2. Einigung und Kausalgeschäft. **a)** **RG.** JW. **06** 165. Liegt die Einigung der Parteien dahin vor: „Das Restkaufgeld wird eingetragen", so bedarf es daneben nicht noch einer besonderen Eintragungsbewilligung. Vgl. **RG. 54** 383. **b)** ElsLothJZ. **06** 435 (Colmar). Zur Eintragung einer Hypothek genügt die Bewilligung des Grundstückseigentümers oder seine Verpflichtung zur Hypothekbestellung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter, als einheitlich anzusehender Urkunde. Der Nachweis der Einigung unter den Parteien ist nicht erforderlich. Auch § 106 ElsLothAGBGB. verlangt nicht die Vorlage einer elsLothr. Notariatsurkunde über den Hypothekenbestellungsvertrag, sondern lediglich eine solche über die einseitige Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Hypothekenbestellung. **c)** Breslau AK. **06** 15 (LG. Breslau). Der Grundbuchrichter hat die materielle Gültigkeit des der Eintragungsbewilligung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (z. B. der Bestellung einer Hypothek durch den Ehemann für eine Illatenforderung seiner Ehefrau) nicht zu prüfen. **d)** KGJ. **32** A 273, RJA. **7** 215 (KG.). Hat ein in allgemeiner GG. lebender Ehemann ein Schuldanerkenntnis abgegeben und sich wegen der Schuld der sofortigen ZwVollstr. (ZPO. § 794 Ziff. 5) unterworfen, so ist auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Schuldurkunde die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem zum Gesamtgute der fortgesetzten GG. gehörenden Grundstücke zulässig (ZPO. §§ 740, 745), ohne daß das GBA. die Rechtswirksamkeit des Schuldanerkenntnisses nachzuprüfen hat.

3. Passivbeteiligte. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 276 (Hamburg). Die Entstehung des Nießbrauchs an einer Hypothek setzt deren Existenz begrifflich voraus. —Daraus folgt, daß von der Eintragung des Nießbrauchs das Recht des Hypothekariers auch dann als „betroffen" im Sinne des § 19 anzusehen ist, wenn Hypothek und Nießbrauch gleichzeitig eingetragen werden sollen. Daher ist zu einer derartigen Eintragung die Bewilligung des Hypothekariers erforderlich. AM. LG. Dessau, NaumburgAK. **06** 79. **b)** BayObLG. **7** 330, SeuffBl. **06** 559. Zulässig ist die Bestellung einer Hypothek seitens eines Bevollmächtigten für eine eigene Schuld auf Grundstücken des Vollmachtgebers; die Vorschrift des § 181 BGB. steht nicht entgegen, da es sich bei der Hypothekbestellung (BGB. § 873) um ein mit einem Dritten vorgenommenes Rechtsgeschäft handelt. **c)** ElsLothJZ. **06** 319 (LG. Straßburg). Ist der Vollmachtgeber zur Zeit der Auflassung gestorben, so kann der Bevollmächtigte nicht als Vertreter dieser nicht mehr lebenden Person auftreten, sondern, sofern die Vertretungsmacht nicht überhaupt mit dem Tode erloschen war, nur als Vertreter der in Betracht kommenden Erben, deren Erbfolge nach § 36 nachzuweisen ist.

§ 20. Vgl. zu § 925 BGB.

§ 22. 1. Abs. 1. Nachweis der Unrichtigkeit. **a)** HansGZ. **06** Beibl. 57 (LG. Bremen). Zur Berichtigung des Grundbuchs genügt nicht die Bewilligung des eingetragenen und die Zustimmung des einzutragenden Eigentümers, vielmehr bedarf es außerdem des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Vgl. OLG. **6** 114, RJA. **2** 48 (KG.). Die Einigung über den Eigentumsübergang kann nicht durch eine Einigung über die Berichtigung des Grundbuchs ersetzt werden, sonst könnten unter der Form und dem Namen einer Berichtigung Abweichungen des Grundbuchs von den materiellen Eigentumsverhältnissen herbeigeführt werden. **b)** RJA. **7** 264, OLG. **14** 76 (Stuttgart). Wird die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines neuen Eigentümers beantragt, so hat das GBA. zu prüfen, ob die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, auch wenn die Eintragung von dem eingetragenen Eigentümer beantragt und von dem neu einzutragenden Eigentümer bewilligt wird. Ebenso OLG. **2** 48,

410, 6 114 (KG.), nicht im Widerspruch OLG. **9** 332 (Colmar), da es sich dort nicht um Erklärungen mit rechtsändernder Kraft, sondern nur um eine Verdeutlichung früherer Erklärungen handelte. **c**) BreslauAK. **06** 50 (KG.). Wird, wenn entgegen der Vorschrift des § 48 GBO. die Anteile der Miteigentümer eines Grundstücks im Grundbuche nicht angegeben sind, die nachträgliche Berichtigung dahin beantragt, daß die beiden Anteile einander gleich seien, so genügt zum Nachweise der Unrichtigkeit nicht die in dem Kaufvertrag enthaltene Angabe, daß die Anteilsverhältnisse der Käufer an dem Grundstücke gleich seien, wenn sich nicht mit Sicherheit ergibt, daß die Käufer auch noch bei der (im vorliegenden Falle $1^1/_2$ Jahre später erfolgten) Auflassung das Grundstück zu gleichen Anteilen haben erwerben wollen. **d**) SächsOLG. **27** 261. Die Berichtigung des Grundbuchs setzt voraus, daß das Rechtsverhältnis, das eingetragen werden soll, bereits besteht und nur nicht aus dem Grundbuch erhellt. Dies ist nicht der Fall, wenn eine eingetragene Rangänderung dem Willen der Beteiligten nicht entspricht und die Eintragung einer anderen Rangfolge begehrt wird. Diese andere Rangfolge besteht noch nicht, sondern hat die vorherige Eintragung in das Grundbuch zur Voraussetzung, sie kann deshalb nur auf Bewilligung des Passivbeteiligten (§ 29 GBO.) erfolgen. **e**) ElsLothJZ. **06** 311 (LG. Straßburg). Ist im (vorläufigen) Grundbuch eine unrichtige Eigentumseintragung bewirkt und der wahre Eigentümer inzwischen gestorben, so kann dessen Eintragung nicht mehr erfolgen, da diese nicht eine Berichtigung des Grundbuchs, sondern eine neue Unrichtigkeit herbeiführen würde und deswegen auch die nach § 22 Abs. 2 GBO. erforderliche Zustimmung des Einzutragenden nicht durch die Zustimmung seiner Erben ersetzt werden kann. Es ist aber die Eintragung seiner Erben zulässig, und zwar nach Bewilligung der bisher als Eigentümer eingetragenen Person sowie der Beibringung der Zustimmung der einzutragenden Erben des verstorbenen Erblassers, des wahren Eigentümers. **f**) KGJ. **31** A 267. Hat der Eigentümer eines Grundstücks (vor dem Jahre 1900) zugunsten einer Aktiengesellschaft eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen, so kann der Eintragungsvermerk nicht ohne weiteres auf Grund des Nachweises gelöscht werden, daß das Erlöschen der Aktiengesellschaft im Handelsregister vermerkt steht. Die Aktiengesellschaft dauert, solange Vermögen vorhanden ist, fort (§ 302 Abs. 4 HGB.). Zur Erlangung einer Löschungsbewilligung hat daher der Grundstückseigentümer die Wiedereröffnung der Liquidation zu beantragen (§ 145 FGG.). **g**) Vgl. noch o. Ziff. 1 zu § 881 BGB.

2. Abs. 2. Zustimmung des Eigentümers zur Berichtigung. **a**) BayObLG. **7** 46, R. **06** 253, BayRpflZ. **06** 164, BayNotZ. **06** 105. Unter dem Eigentümer, dessen Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist, ist der nicht eingetragene Eigentümer zu verstehen, durch dessen Eintragung das Grundbuch berichtigt werden soll. Der Ehemann ist als Verwalter des Frauenguts nicht befugt, die nach § 22 Abs. 2 erforderliche Zustimmung der Frau zu erklären. Die Zustimmung der Frau ist jedoch darin zu finden, daß der als Alleineigentümer eingetragene Mann in Gegenwart der Frau vor dem Notariat die Eintragung der Frau als Miteigentümerin kraft allgemeiner Gütergemeinschaft beantragt (§ 1438) und daraufhin beide Eheleute auf Benachrichtigung verzichten. **b**) Oehl, BayNotZ. **06** 167 ff. Beim Erwerb eines Grundstücks durch einen in Gütergemeinschaft lebenden Ehemann ist auf Antrag des allein handelnden Ehemanns sogleich bei der Beurkundung des dinglichen Vertrags die Ehefrau als Miteigentümerin im Grundbuch ohne weiteres nicht mit einzutragen. Es müssen beide Ehegatten mit der Berichtigung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde sich einverstanden erklären. Soll die Ehefrau allein den Berichtigungsanspruch nachträglich stellen können, so

hat der Ehemann schon bei der Beurkundung des dinglichen Vertrags die Gütergemeinschaft nachzuweisen und seine Einwilligung zur späteren Grundbuchberichtigung zu erklären oder die Ehefrau dazu zu bevollmächtigen.

§ 23. ElsLothJZ. **06** 443, ElsLothNotZ. **06** 256 (LG. Colmar). Der Löschung eines Nießbrauchs kann von dem Rechtsnachfolger des Nießbrauchsberechtigten nicht widersprochen werden, wenn keine L e i s t u n g e n rückständig sind.

§ 27. 1. ElsLothJZ. **06** 440, ElsLothNotZ. **06** 216 (Colmar). Zur Eintragung der Löschung einer Gesamthypothek auf einem der belasteten Grundstücke ist die Zustimmung des Eigentümers notwendig, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzung einer Eigentümerhypothek gegeben ist oder nicht (§§ 1175, 1168 Abs. 2 BGB.).

2. RJA. **7** 268 (KG.). Zur Löschung einer Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, bedarf es, selbst wenn der Vorerbe die Hypothek durch Zahlung aus eigenen Mitteln für sich erworben hatte, außer der Bewilligung des Vorerben der Zustimmung des Nacherben zur Löschung, weil nach §§ 2114, 2113 BGB. der Vorerbe eine Nachlaßhypothek nur mit Zustimmung des Nacherben löschen lassen kann.

3. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1175 BGB.

§ 28. 1. ElsLothNotZ. **06** 370 (LG. Colmar). Wenn die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek durch die rechtskräftige Verurteilung des Eigentümers zur Abgabe dieser Erklärung ersetzt werden soll (§ 894 ZPO.), müssen in dem Urteile die Grundstücke übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet sein.

2. **a**) ElsLothJZ. **06** 561, ElsLothNotZ. **06** 102 (Colmar). Wenn das einzutragende Grundstück nicht nur nach Sektion, Nummer, Gewann, Kulturart und Nachbarn, sondern auch nach der Größe der Grenzlinien so genau bezeichnet ist, daß das Flächenmaß durch Vermessung ziffermäßig festgestellt werden kann, so genügt diese Bezeichnung für die Eintragung in das Eigentumsbuch (ElsLoth. AGBGB. § 104). **b**) BayObLG. **7** 49, R. **06** 313, BayRpflZ. **06** 165, 557, SeuffBl. **06** 557 (BayObLG.). Ist ein Grundstück im Grundbuche noch nicht eingetragen, so muß die Eintragungsbewilligung die Plannummer angeben, mit der das Grundstück in dem Sachregister (BayDienstAnw. §§ 179, 184, 185, 294, 295) bezeichnet ist oder bezeichnet wird.

3. **a**) ElsLothJZ. **06** 516, ElsLothNotZ. **06** 279, R. **06** 945 (Colmar). Es genügt die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek „auf sämtlichen auf einem Grundbuchblatt eingetragenen Grundstücken"; es bedarf nicht noch der Angabe der Ordnungsnummern. Ein Zweifel über den Umfang der Eintragungsbewilligung könnte nur dann entstehen, wenn noch am nämlichen Tage ein weiteres Grundstück auf dasselbe Grundbuchblatt eingetragen worden wäre. **b**) NaumburgAK. **06** 78 (LG. Stendal). Bei Abtretung einer Gesamthypothek genügt die Anführung e i n e s Grundbuchblatts, wenn gleichzeitig die Umschreibung hinsichtlich aller (nicht aufgeführten) verhafteten Grundstücke beantragt wird.

4. RheinARB. **24** 124 (KG.). Die Vorschrift des § 28 findet auch auf Ersuchen der Behörden aus § 39 Anwendung. Das GBA. kann bei Eintragungsanträgen nicht die Angabe des Grundbuchblatts verlangen, wenn die Grundstücke im Antrage katastermäßig bezeichnet sind. Es genügt aber hinsichtlich solcher Trennstücke, die noch nicht im Grundbuche benannt sind, die Bezeichnung nach dem Grundbuch in dem Sinne einer Bezeichnung, unter der das Grundstück gemäß § 2 GBO. nach dem amtlichen Verzeichnis eingetragen i s t, sondern es bedarf der Bezeichnung, wie nach diesem Verzeichnisse die Trennstücke e i n z u t r a g e n sind.

§ 29. A. Anwendungsgebiet des § 29. 1. *v. Velsen, RheinARV. **24** 191. Die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen sind rechtsgeschäftliche, also Willenserklärungen. Wissenserklärungen kennt § 29 nicht. Ihr urkundlicher Nachweis ist nicht möglich. Die Praxis steht im allgemeinen auf diesem Standpunkt [KGJ. **24** A 235 — mißverständlich OLG. **6** 17 —, OLG. **7** 365 (Colmar)]; nur bei Löschungen auf Grund einer Quittung wird abweichend entschieden (KGJ. **26** A 149, **28** A 137, **25** A 307, **28** A 123). Besonders wichtig ist die Frage für die Pfändung einer Eigentümerbuchhypothek. ➵ OLG. **12** 153 (Colmar) würde, von anderem abgesehen, die Frage nur für eine kleine Anzahl Fälle entscheiden; es wird aber auch in § 29 eine unzulässige Beschränkung hineingetragen. Red. ⇠

2. ElsLothNotZ. **06** 212 (Colmar). Die Bezeichnung eines abzutretenden Grundstücksteils muß nicht in der Form des § 29 erfolgen, die abzutretende Fläche kann auch durch Angabe ihrer Größe und des Zweckes (Verwendung zur Straßenanlage) hinreichend bestimmt sein. Angaben im Sinne des § 104 ElsLoth. AGBGB. und der §§ 84, 85 AusfBest. v. 3. 6. 01 sind keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Sinne des § 29.

3. KGJ. **32** A 287, RJA. 7 138, 140 (KG.). Die im § 29 Satz 2 vorausgesetzten Tatsachen sind solche, deren Geschehensein zu beurkunden zur Zuständigkeit einer Behörde gehört, z. B. Bestellung zum gesetzlichen Vertreter, Tod einer Person, richterliche Anordnungen und Urteile. Zu solchen Tatsachen gehört nicht die Übergabe einer Urkunde an diejenige Person, welche die Urkunde dem GBA. vorlegt, seitens einer anderen Person, in deren Namen die Urkunden eingereicht wird. Die genannte Tatsache bedarf überhaupt nicht eines urkundlichen Nachweises. Vgl. o. Ziff. 2a zu § 1154 BGB.

B. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. Feststellung der Identität und Geschäftsfähigkeit. **a**) OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **06** 284, ElsLothJZ. **06** 564 u. (LG. Colmar) 633. Das GBA. hat nicht nachzuprüfen, ob die Vorschrift des § 176 Abs. 3 FGG. erfüllt ist. **b**) KGJ. **31** A 245. Dem Erfordernisse der Angabe im gerichtlichen oder notariellen Protokoll, in welcher Weise sich die Urkundsperson Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten verschafft hat (FGG. § 176 Abs. 3), genügt nicht die Bezeichnung der Beweismittel nach Kategorien (Zeugen, Urkunden); vielmehr müssen die konkreten Beweismittel angegeben werden. Ist den Vorschriften über die Feststellung der Identität nicht genügt, so wird dadurch die Rechtswirksamkeit der Erklärung als einer öffentlich beurkundeten nicht beeinträchtigt, dagegen ist alsdann der urkundliche Nachweis der Identität insbesondere gegenüber dem GBA. nicht erbracht. **c**) Meikel, SeuffBl. **06** 575. Bei Feststellung der Identität eines Erschienenen durch den Grundbuchbeamten ist auch in Bayern (vgl. Artt. 9, 10 AGGBO.) der § 176 Abs. 3 FGG. wenn nicht unmittelbar, so doch jedenfalls entsprechend zur Anwendung zu bringen. Erbringt der Antragsteller den Nachweis der Identität nicht sofort mit der Einreichung des Antrags oder wenigstens bis zu seiner Verbescheidung, so hat der Grundbuchbeamte nach § 18 GBO. zu verfahren. **d**) *Meikel, ZBlFG. **7** 457. Der Nachweis der Identität und der Geschäftsfähigkeit fällt nicht unter § 29 Satz 2 GBO. Die Identität und die Geschäftsfähigkeit hat diejenige Behörde zu prüfen, welche die Urkunde aufnimmt. Vorschriften über die Konstatierung der Geschäftsfähigkeit bestehen überhaupt nicht; deshalb kann der Grundbuchbeamte, wenn nicht in der Urkunde ausdrücklich bemerkt ist, daß Zweifel an der Geschäftsfähigkeit bestehen, annehmen, daß solche Zweifel nicht bestehen. Ebenso kann er die Identität als festgestellt ansehen, wenn sie entweder in der Urkunde festgestellt ist (vgl. § 176 FGG.) oder wenn, wie z. B. in der ZPO., eine solche

Feststellung nicht vorgeschrieben ist. Für die Feststellung der Identität und der Geschäftsfähigkeit sind keine besonderen Beweisregeln vorgeschrieben, wenn der Grundbuchbeamte die Erklärung zu Protokoll nimmt (Art. 10 BayAGGBO., §§ 17, 83 BayDAnw.). Es ist klar, daß der Grundbuchbeamte, wenn die Erklärung von einer anderen Behörde beurkundet wurde, wenn aber von dieser die Identität oder die Geschäftsfähigkeit nicht zweifelsfrei festgestellt werden konnte, keinen anderen Nachweis verlangen kann wie dann, wenn die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamts abgegeben würde; insbesondere kann nicht ein Nachweis durch öffentliche Urkunden verlangt werden.

2. Unterzeichnung. ElsLothNotZ. **06** 374, ElsLothJZ. **06** 633 (LG. Colmar). Die Ehefrau hat mit dem Familiennamen ihres Mannes zu unterzeichnen. Die im Elsaß vielfach übliche Unterzeichnung mit dem Mädchennamen genügt jedoch, wenn der Inhalt der Urkunde einen Zweifel an der Person des Unterzeichnenden ausschließt.

3. Vollmacht. **a)** Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **4** Ziff. B 2 zu § 29 — auch OLG. **12** 155. **b)** KGJ. **32** A 187. Eine juristische Person kann durch ihren Vorstand einem anderen Generalvollmacht zur Wahrnehmung aller Rechtsangelegenheiten erteilen. Auch einem Mitgliede des mehrgliedrigen Vorstandes kann von den übrigen Vorstandsmitgliedern eine solche Generalvollmacht erteilt werden. Die Vertretungsmacht dieses bevollmächtigten Vorstandsmitglieds ist unabhängig von dem Wechsel der anderen Vorstandsmitglieder. **c)** KGJ. **32** A 197. Eine vom Vollmachtgeber für sich und seine Erben ausgestellte Vollmacht befähigt den Bevollmächtigten, nach dem Tode des Vollmachtgebers im Namen seiner Erben zu handeln, ohne daß er nachzuweisen braucht, wie das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod nicht erloschen sei. **d)** R. **06** 62, ElsLothNotZ. **06** 58, OLG. **12** 153, ElsLothJZ. **06** 178, PucheltsZ. **06** 425 (Colmar). Für die Auflassungsvollmacht des Mannes und für seine Einwilligung in eine von der Frau über eingebrachtes Gut getroffene Verfügung (BGB. § 1395) genügt es, wenn der Vollmachtgeber oder Einwilligende nach der Auflassung, aber vor der Eintragung in einer formgerechten Urkunde gesteht, daß er zur Auflassung Vollmacht erteilt oder in sie eingewilligt habe. Vgl. dagegen LG. Straßburg, ElsLothJZ. **06** 318: Die Urkunde weist die Zustimmung nicht nach, sondern macht sie nur glaubhaft. **e)** ThürBl. **53** 121, ZBlFG. **6** 773 (Jena). Ist die Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Auftraggebers von diesem ausdrücklich bestimmt, so sind durch den Tod die Erben Vollmachtgeber geworden (§§ 1922, 164 BGB.); sie brauchen daher eine vom Bevollmächtigten bewilligte Hypothekeneintragung nicht auch ihrerseits zu bewilligen. Doch ist die vorgängige Eintragung der Erben erforderlich (GBO. § 41), da die vom Bevollmächtigten nach dem Tode des Erblassers erklärte Bewilligung nicht eine solche des Erblassers ist (BGB. §§ 168, 672). **f)** ElsLotNotZ. **06** 76 (LG. Colmar). In ElsLothringen steht eine begl. Abschrift einer Vollmachtsurkunde einer Ausfertigung gleich (§ 57 AGFGG.). **g)** ElsLothNotZ. **06** 282 (Colmar). Wenn mit dem Eintragungsantrage der Auszug aus einer von einem vereidigten Übersetzer gefertigten Vollmachtsübersetzung vorgelegt wird, so kann das GBA. nicht die Vorlage der Vollmacht verlangen, wenn nicht besondere Gründe vorliegen.

4. Nachweis des Vermögensüberganges. KGJ. **32** A 203. Bei Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine andere Aktiengesellschaft gegen Aktiengewährung (Fusion) unter Ausschluß der Liquidation ist dem GBA. der Vermögensübergang durch die Handelsregistereintragung des Veräußerungsbeschlusses und der Auflösung der veräußernden Gesellschaft sowie der erfolgten Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft nachzuweisen, je

nach dem Inhalte der Registereintragungen kann es noch der Ergänzung durch Vorlegung des Vertrags und der Generalversammlungsbeschlüsse bedürfen. Zur Umschreibung einer durch Fusion des Vermögens der Aktiengesellschaft übergegangenen Hypothek auf die Firma einer Zweigniederlassung genügt der Antrag des Prokuristen dieser Zweigniederlassung nicht.

C. Öffentliche Urkunden. 1. Protokolle des GBA. **a**) Meikel, SeuffBl. **06** 474. Die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchbeamten (Art. 9 BayAGGBO.) ist eine mündliche Erklärung; die (vorgeschriebene) Unterschrift des Protokolls durch den Erklärenden ist in gleicher Weise „Beurkundungs"-erfordernis, wie die Verlesung und Genehmigung des Protokolls sowie dessen Unterzeichnung durch die mitwirkenden Personen. **b**) Spätt, SeuffBl. **06** 115, und De L'Espine, BayRpflZ. **06** 97, erörtern die Fälle, in denen (in Bayern) das Nachlaßgericht zur Beurkundung von Erklärungen und Anträgen der Beteiligten zuständig ist. — *De L'Espine bemerkt: α. Grundbuchamt und Nachlaßgericht sind, auch wenn die Verrichtungen beider landesrechtlich den gleichen Behörden übertragen sind, wie in Bayern, verschiedene mit abgegrenzter Zuständigkeit versehene Ämter. β. Den Grundstücksverkehr betreffende Beurkundungen kann das Nachlaßgericht an Stelle des Grundbuchamts nur dann vornehmen, wenn diese Erklärungen entweder formlos vor dem Grundbuchamt gültig abgegeben werden können oder in dem Verfahren behufs Vermittelung der Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses erfolgen.

2. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. **a**) ElsLothJZ. **06** 312 (LG. Straßburg). Wenn das Vormundschaftsgericht die erteilte Genehmigung durch den Notar den Beteiligten zustellen läßt und der Notar als Antragsteller der Parteien die Ausfertigung der Genehmigung vorlegt, so ist damit in hinreichender Weise nachgewiesen, daß die Genehmigung dem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt ist. **b**) KGJ. **32** A 280, RJA. **7** 224 (KG.). Hat ein Vater kraft elterlicher Gewalt im Namen seines Kindes eine notarielle Schuldurkunde ausgestellt und wegen der Schuld das Kind der sofortigen ZwVollstr. (ZPO. § 794 Ziff. 5) unterworfen, so ist auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Schuldurkunde die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstücke des Kindes zulässig, ohne daß es des Nachweises der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Erklärung des Gewalthabers bedarf.

3. Sparkassen und andere Kassen. **a**) Die Entsch. des KG. — JDR. **4** Ziff. D 2 zu § 29 — auch OLG. **12** 169. **b**) BayRpflZ. **06** 249 (BayObLG.). Bei der Eintragung einer Hypothek ist nach § 145 Abs. 1 Ziff. 3 BayHypG. nicht die Sparkasse, sondern die Gemeinde als Gläubigerin zu bezeichnen. (Vgl. auch §§ 267, 407 DAnw. f. d. GBÄ.). **c**) SächsOLG. **27** 255. Die Gemeindesparkassen (in Sachsen) sind nicht besondere, neben der Gemeinde bestehende juristische Personen, sondern Gemeindeeinrichtungen, die nur unter besonderer Firma betrieben zu werden pflegen. **d**) ElsLothJZ. **06** 63, ElsLothNotZ. **06** 11 (Colmar). Wenn auch die öffentlichen Vorschußkassen in ElsLothr. nach § 9 G. v. 18. 6. 87 gerichtlich und außergerichtlich durch ihren Vorstand, d. h. die Gesamtheit der Vorstandsmitglieder, vertreten werden, so ist doch die Unterzeichnung einer Quittung als Beweisurkunde durch ein Vorstandsmitglied ausreichend, wenn dies durch das Statut nachgelassen ist. **e**) Mainhard, BadRpr. **06** 342. Die Verwaltungsräte der badischen Sparkassen mit Gemeindebürgschaft sind öffentliche Behörden insbes. im Sinne der §§ 29, 80 Abs. 1 GBO. Vgl. Ziff. 3 zu § 80 GBO. **f**) Blessing, WürttZ. **06** 48. Zur Annahme einer geschuldeten Leistung und zur Erteilung der Quittung bedarf der öffentliche Rechner nicht der Mitwirkung seiner Aufsichtsbehörde, während es zum Verzicht auf eine Hypothek oder zu deren Aufhebung der Erklärung des Gemeinderats,

bei Kirchengemeinden des Gemeindekirchenrats bedarf. **g**) Über die Legitimation der privatrechtlichen Vereine und Stiftungen im Grundbuchverkehr s. Planck, WürttZ. **06** 6.

4. Siegelrecht. LG. Wiesbaden, ZBlFG. **7** 310, bejaht das sog. Siegelrecht des hohen Adels, insbes. der kurhessischen Standesherren, d. i. die Befugnis, daß die von ihnen unter Beidrückung ihres Siegels unterzeichneten Urkunden einer weiteren Beglaubigung nicht bedürfen, sondern den Charakter öffentlicher Urkunden haben.

5. Offenkundigkeit. ElsLothNotZ. **06** 122 (LG. Colmar). Die Aktenkundigkeit ersetzt nicht, wie die Offenkundigkeit, die nach § 29 erforderlichen Nachweise, sondern hat nur die Wirkungen einer Beweiserleichterung derart, daß z. B. ein Nachweis, der nur durch Vorlegung einer Geburtsurkunde oder eines Erbscheins geführt werden kann, im Falle der Aktenkundigkeit durch Verweisung auf die in den anderen Akten desselben Gerichts enthaltenen Urkunden geführt werden kann.

§ 32. Dennler, BayNotZ. **06** 164. Für die Zurücknahme der Eintragungsanträge der Notare (als präsumtiver oder besonders Bevollmächtigter) gilt dieselbe Formvorschrift wie für die Zurücknahme seitens sonstiger Personen, also in der im § 29 vorgesehenen Form, doch ist durch einen schriftlichen Antrag der bayerischen Notare — der Antrag eines preußischen Notars bedarf der Beglaubigung, **RG. 60** 392 — der Vorschrift des § 29 genügt, da diese Notare öffentliche Beamte und die von ihnen innerhalb ihrer Zuständigkeit ausgestellten Urkunden deshalb öffentliche Urkunden im Sinne des § 29 sind, wenn sie mit dem Siegel oder Stempel des Notariats versehen sind.

§ 33. 1. OLG. **12** 157, RJA. **6** 273 (KG.). Der § 33 will den Verkehr für einige Fälle erleichtern, schließt aber die Anwendbarkeit des § 29 nicht aus, daher ist die Bescheinigung eines Basler Notars über Eintragungen in das Baseler Handelsregister unter Bescheinigung der Zuständigkeit des Notars durch den deutschen Konsul nicht zu bemängeln. Vgl. KGJ. **17** 116.

2. OLG. **14** 132 (KG.). Wollen die bisherigen Gesellschafter einer aufgelösten oHG. über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Hypothek verfügen, so müssen sie dem Grundbuchrichter nachweisen, daß sie Liquidatoren oder in Liquidation befindliche Gesellschafter sind (§§ 148, 158 HGB., § 33 GBO.). Haben aber die Gesellschafter sich bereits auseinandergesetzt und das Gesellschaftsvermögen unter sich verteilt, so haben sich nach § 40 Abs. 1 GBO. die Gesellschafter oder der Erwerber der Hypothek zunächst als Gläubiger eintragen zu lassen.

§ 34. Wie KGJ. **30** A 169 (OLG. **12** 158) — JDR. **4** Ziff. 1 zu § 34 — auch LG.Breslau, BreslauAK. **06** 8 u. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **06** 158, ElsLothJZ. **06** 440.

§ 36. 1. Erbschein. **a**) NaumburgAK. **06** 55 (KG.). Gibt ein Erbschein im wesentlichen nur den wortgetreuen Inhalt des ihm zugrunde liegenden Testamentes wieder ohne eine Feststellung, ob eine Erbeseinsetzung oder eine Einsetzung zu Vor- und Nacherben oder eine TVErnennung vorliegt (vgl. OLG. **9** 335), so bleibt für den Grundbuchrichter, wenn er nicht einen solchen gesetzwidrigen Erbschein als Grundlage einer Eintragung überhaupt ablehnen will, nichts anderes übrig, als den Erbschein hinsichtlich der Auslegung der Willenserklärung des Erblassers gleich dem Testamente selbst zu behandeln. **b**) BayObLG. **7** 414, BayRpflZ. **06** 426, BayNotZ. **06** 177. Die Vorlegung der im § 36 bezeichneten Urkunden ist entbehrlich, wenn in einer notariellen Urkunde die Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich mit rechtlicher Notwendigkeit die Erbfolge des Antragstellers ergibt, wozu aber nicht die bloße Angabe, daß die „Erbfolge auf Grund der Nachlaßakten nachgewiesen sei", genügt. Die

Vorlegung ist ferner nicht erforderlich, wenn die Erbfolge beim GBA. offenkundig ist; die Offenkundigkeit kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß der Antragsteller auf Akten hinweist, die sich bei dem AG. befinden, bei dem das Grundbuch geführt wird. **c**) Josef, JW. **06** 626. Wenn § 36 GBO. bestimmt, daß der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden kann, so ist hiermit eine Formvorschrift gegeben; folglich kann die Vorlegung des Erbscheins nicht ersetzt werden durch Vorlegung einer notariellen Urkunde darüber, daß ein Erbschein bestimmten Inhalts vorhanden sei.

2. Testamentsvollstreckerzeugnis. **a**) **RG.** JW. **06** 132. Wird dem GBA. das Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Ernennung des TV. (BGB. § 2368) vorgelegt, so wird hierdurch zugleich der Nachweis der Annahme seines Amtes geführt. **b**) SeuffA. **61** 382 (KG.). Ergibt die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todeswegen den TV., so genügt eine solche zum Nachweise der TVBefugnis (KGJ. **24** A 223), dem Grundbuchrichter muß aber in einer dem § 29 GBO. hinsichtlich der Form entsprechenden Urkunde nachgewiesen werden, daß der TV. das Amt (durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht) angenommen habe. **c**) Abs. 2 Halbs. 2. SächsOLG. **27** 247, R. **06** 254. Legt der TV., der auf Ersuchen des Erblassers vom Nachlaßgericht ernannt ist, lediglich den nach § 2200 ergangenen Beschluß dieses Gerichts, nicht aber ein Zeugnis über seine Ernennung im Sinne des § 2368 BGB. vor, so hat das GBA. seine Legitimation auf Grund des Testamentes zu prüfen, denn es verhält sich dann ebenso, wie wenn der Vollstrecker im Testamente selbst dazu ernannt wäre und zu seiner Legitimation das Testament sowie das Eröffnungsprotokoll vorlegte.

3. ElsLothJZ. **06** 316 (LG. Straßburg). Der Nachweis der Erbfolge eines vor dem 1. 1. 00 verstorbenen Erblassers kann (in ElsLothr.) durch ein notarielles Inventar, aus welchem die Rechtsnachfolge hervorgeht, erbracht werden.

4. FrankfRundsch. **06** 59 (KG.). Ein nach Altfrankfurter Recht vor sieben Zeugen errichtetes Privattestament ist nicht dadurch als in einer öffentlichen Urkunde enthalten anzusehen, daß bei Errichtung des Testamentes ein Notar zugezogen ist, der die Ordnungsmäßigkeit der Testamentshandlung amtlich bescheinigt hat.

§ 37. a) KGJ. **32** A 243. Aus dem Rechte des Nachlaßgerichts, das im § 37 vorgesehene Zeugnis auszustellen, folgt noch nicht sein Recht, das GBA. um Eintragung des betreffenden Erben als neuen Gläubigers zu ersuchen, vielmehr kann es höchstens einen bei ihm gestellten Eintragungsantrag dem GBA. übermitteln. Es kann daher auch gegen die Ablehnung der Eintragung keine Beschwerde erheben. **b**) Götte, DJZ. **06** 1197 erörtert die Bedeutung des Art. 10 PrAGGBO.

§ 38. WürttZ. **06** 73 wird (von einem ungenannten Verf.) das Nachfolgezeugnis nach Art. 38 WürttAGBGB. erörtert und die Angabe des Erben in dem Zeugnisse für entbehrlich erachtet.

§ 39. Ersuchen des Prozeßgerichts. **a**) PosMschr. **06** 95, OLG. **14** 70 (KG.). Ersucht das Prozeßgericht im Wege einer einstweiligen Verfügung um Eintragung einer Vormerkung bei einer Hypothek, so ersetzt das Ersuchen die Eintragungsbewilligung desjenigen, gegen den die einstw. Verf. sich richtet, ersetzt also auch den Nachweis, daß dieser der HypGläubiger ist (KGJ. **28** A 282, Güthe 752). Ob die Entscheidung des ersuchenden Gerichts, sofern es nur zuständig ist, gesetzmäßig ergangen ist, hat das GBA. nicht zu prüfen (KGJ. **27** A 27). Ist aber die begehrte Eintragung inhaltlich unzulässig — z. B. die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung der im Wege der ZwVollstr. wegen einer Geldforderung gemäß §§ 829, 830, 835

ZPO. zu bewirkenden Pfändung und Überweisung einer Hypothek —, so kann § 39 den Grundbuchrichter nicht verpflichten, eine solche Eintragung zu bewirken (KGJ. **26** A 120, 157, OLG. **3** 3, RJA. 3 92). **b)** KGJ. **32** A 185. Das Prozeßgericht kann nur die Parteien zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verurteilen, nicht aber unmittelbar das GBA. anweisen, etwas zu tun oder zu unterlassen z. B. eine Auflassung nicht entgegenzunehmen. Eine trotzdem erlassene derartige Anweisung ist vom GBA. nicht zu berücksichtigen.

2. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. **a)** OLG. **11** 321, BadRpr. **06** 182 (Karlsruhe). Dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung des ZwVstVermerkes hat das GBA. auch dann zu entsprechen, wenn der Schuldner nach Zustellung des Einleitungsbeschlusses gestorben ist und seine Erben noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Es folgt dies aus der Besonderheit des ZwVstVerfahrens, ergibt sich aber auch aus § 779 ZPO., und die Bewilligung des Erblassers wird durch das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung der gegen den Erblasser als Schuldner erlassenen Zwangsversteigerungsanordnung ersetzt (§ 41 Abs. 1 GBO.). **b)** Bay. ObLG. **6** 714, DJZ. **06** 715, SeuffBl. **06** 482, R. **06** 62. Sind die Anteile der Miteigentümer eines Grundstücks nicht gemäß § 48 GBO. im Grundbuch eingetragen und lehnt das GBA. deshalb mit Recht die Eintragung der Anordnung der ZwVst. auf dem Anteile des einen Miteigentümers ab, so kann die in dieser Beziehung erforderliche Ergänzung der Eigentumseintragung nicht auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts gemäß § 39 erfolgen, da die Ergänzung nicht zu den Eintragungen gehört, um die das VollstrGericht nach gesetzlicher Vorschrift das GBA. zu ersuchen befugt ist. **c)** ElsLothNotZ. **06** 126 (LG. Straßburg). Im Löschungsverfahren erfolgt das nach § 42 ElsLothAGZVG. erforderliche Ersuchen an das GBA. um Ausführung des Planes durch das Vollstreckungsgericht und nicht durch den Notar. Ebenso LG. Colmar aaO. **05** 20.

3. SächsOLG. **27** 462, FischersZ. **06** 238. Bei dem Ersuchen um Eintragung einer Grunddienstbarkeit ist auch das herrschende Grundstück nach dem Grundbuch oder, wenn es nicht gebucht ist, nach der Flurbuchsnummer zu bezeichnen.

4. KGJ. **32** A 179. Ist das Bergwerkseigentum durch Verleihung begründet, so hat das Oberbergamt, wenn es das GBA. um die Anlegung eines Grundbuchblatts ersucht, die erforderlichen Eintragungen bestimmt zu bezeichnen (PrAllgBergG. v. 24. 6. 65 §§ 34, 50, 94, 133, PrAGBGB. Art. 37 Nr. I, PrAGGBO. Art. 23).

5. Nach § 26 preuß. VolksschulunterhaltungsG. v. 28. 7. 06 (GS. 335) kann, wenn für die aufgehobene Schulgemeinde (Schule) das Eigentum oder ein anderes Recht an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, die Schulaufsichtsbehörde das GBA. ersuchen, den Schulverband als Eigentümer oder Berechtigten einzutragen. Die Vorschrift findet nach § 27 sinngemäß Anwendung, insoweit bisher eine Kirchengemeinde Trägerin der Volksschullast war und das den Schulzwecken bestimmte Vermögen durch Beschluß der Schulaufsichtsbehörde im Einvernehmen mit der kirchlichen Oberbehörde dem Schulverbande zur Verwendung für gleichartige Zwecke überwiesen wird. Im Falle des § 29 Abs. 3 ist das Ersuchen auf Eintragung des Schulverbandes und des Dritten zu richten, wenn das gemeinschaftlich zu Schul- und anderen Zwecken dauernd gewidmete Vermögen dem bisher Unterhaltungspflichtigen oder der Schule selbst mitgehört.

§ 40. 1. OLG. **12** 174 (Hamburg). Ist eine Zweigniederlassung im HRegister gelöscht, so bedarf es, damit ein Recht zu Lasten der Aktiengesellschaft eingetragen werden könne, nicht der vorgängigen Grundbuchberichtigung durch

Eintragung der Aktiengesellschaft (an Stelle der Zweigniederlassung) als Eigentümerin.

2. KGJ. **31** A 263. Ist eine Deszendenz als Grundstückseigentümerin eingetragen, so bedarf es zur Eintragung von Belastungen oder Verfügungsbeschränkungen nicht der vorgängigen Eintragung des Namens der Deszendenten.

3. ThürBl. **06** 121 (Jena). Von einer Eintragungsbewilligung des Erblassers kann nicht gesprochen werden bei einer Erklärung, die nach dessen Tode, wenn auch kraft einer von ihm erteilten Vollmacht, abgegeben wird.

§ 41. 1. Gerloff, DJZ. **06** 589 f., befürwortet, die Teilnehmer an der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei Anwendung des § 41 GBO. den Erben gleichzustellen, soweit es sich um die Übertragung oder Aufhebung eines grundbuchlichen Rechtes handelt. Das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft gewährleistet die Legitimationsprüfung durch den Richter und die Sicherung der Beteiligten in gleichem Maße wie ein Erbschein.

2. Vor- und Nacherbe. **a**) *Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 64. Erbe im Sinne des § 41 ist während der Dauer der Vorerbschaft nur der Vorerbe (vgl. § 2100 BGB.). Das Recht, dessen Betroffensein die §§ 13, 19, 40, 41 BGB. voraussetzen, muß ein dem Sachenrecht angehörendes sein. Das „Recht des Nacherben" ist ein solches nicht, es ist nur die Anwartschaft auf das künftige Erbrecht, nicht ein dingliches Recht an dem einzelnen Nachlaßgegenstande. Der Nacherbe ist also während der Dauer der Vorerbschaft nicht ein Betroffener im Sinne der genannten Gesetzesstellen. Wenn der Vorerbe im einzelnen Falle zu der Verfügung ebenso unbeschränkt befugt ist, wie es sein Erblasser gewesen wäre, so steht auch ihm der § 41 zur Seite und es bedarf seiner vorgängigen Eintragung nicht. **b**) Döhl, GruchotsBeitr. **50** 609, verteidigt gegenüber Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 64, Jastrow, DNotV. **06** 97, seinen DJZ. **05** 906 — JDR. **4** Ziff. 2 zu § 41 — gemachten Vorschlag, dem Vorerben dadurch eine freiere Stellung zu verschaffen, daß der Erblasser ihn zugleich zum Testamentsvollstrecker ernennt. Die Einschränkung des § 2205 Satz 3 BGB. hat nur Bedeutung für das innere Verhältnis des TV. zu dem Erben (§ 2219), aber keine dingliche Wirkung. Eine Überschreitung der Befugnis des nach §§ 2222 bestellten TV. macht ihm nur dem Nacherben gegenüber verantwortlich, hat aber nicht die Unwirksamkeit der von ihm ausgesprochenen Zustimmung zur Folge. **c**) Dagegen *Herold, SächsRpflA. **06** 481. Die Einschränkung der Verfügungsmacht des TV. (§ 2205 Satz 3 BGB.) hat nicht nur Bedeutung für das innere Verhältnis des TV. zu den Erben; sie ist vielmehr dinglich Dritten gegenüber wirksam. Die Ausnahme des Satz 3 beschränkt eben das von § 2205 BGB. in seinen ersten Sätzen dem TV. gegebene freie Verfügungsrecht. Trotzdem hat aber der Grundbuchrichter nicht etwa wegen der Möglichkeit unentgeltlicher Verfügung bei Eintragungsbewilligungen des TV. auch das Kausalgeschäft zu prüfen; er hat lediglich mit der dinglichen Verfügung zu tun und kann hierbei den Regelfall voraussetzen, daß es sich nicht um außerhalb der Verfügungsmacht des Vollstreckers liegende Verfügungen handelt. Angebracht wird es aber sein, daß der TV. zum Ausschluß von Zweifeln bei jeder zur Eintragsunterlage bestimmten Verfügung kurz angibt, welches Rechtsgeschäft ihr zugrunde liegt. Das Gleiche hat für die Verfügungsmachtbeschränkungen der Eltern in §§ 1641, 1686 und des Vormundes und Pflegers in §§ 1804, 1915 BGB. zu gelten. **d**) *Schefold, WürttZ. **06** 97, meint, daß, wenn die JDR. **4** Ziff. 1g wiedergegebene Entsch. des RG. das letzte Wort der Praxis sei, es für den Grundstücksverkehr eine gemäß §§ 2136, 2137 BGB. befreite Vorerbschaft nicht mehr gebe. Er empfiehlt, als Ersatz der Anordnung einer befreiten Vorerbschaft durch Erbvertrag den Erstzubedenkenden als Alleinerben einzusetzen und mit diesem

bindend festzulegen, daß die in zweiter Linie zu Bedenkenden dessen Erben werden sollen, ein Ausweg, der allerdings nur verwertbar sei, wenn der erst zu Bedenkende lebenslänglich im Genusse der Erbschaft sein soll. e) Weber, DNotV. **06** 601. Der Vorerbe kann ohne seine vorherige Eintragung nur verfügen, wenn und insoweit die testamentarische Befreiung von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen dies gestattet. Zum Nachweise der Entgeltlichkeit seiner Verfügung hat er das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft aufzudecken. Dieses Rechtsgeschäft ist vom Grundbuchrichter zu prüfen und bildet die „sonstige zur Eintragung erforderliche Erklärung" im Sinne des § 29 GBO. f) Holz, DJZ. **06** 483 f. (gegen KGJ. **26** A 264). Bei befreiter Vorerbschaft kann der Vorerbe ein Recht am Nachlaßgrundstück übertragen und aufheben, ohne sich in das Grundbuch zuvor eintragen zu lassen oder die Zustimmung des Nacherben beibringen zu müssen. Der Nacherbe hat bei befreiter Vorerbschaft keinen Berichtigungsanspruch aus den §§ 894, 895, sondern nur ein ungewisses Recht am Grundstücke, welches erst beim Eintritte der Nacherbfolge buchungsfähig wird; er hat also kein Mittel, den Vorerben zur Eintragung seiner Rechte zu zwingen, um dadurch die Wirkung des § 52 GBO. auszulösen. Damit ist nicht etwa § 52 illusorisch geworden, denn es gibt viele Fälle, in denen insbes. bei Begründung von neuen Rechten an den Nachlaßgrundstücken die Eintragung des Vorerben in das Grundbuch notwendig ist. Aber eingeschränkt ist der § 52 auf einen Wirkungskreis, wie er den Interessen des Verkehrs und den Absichten des Erblassers entspricht. g) Kretzschmar teilt DJZ. **06** 1347 die der Entsch. **RG. 61** 228 — JDR. **4** Ziff. 1 g zu § 41 — vorangegangene Entsch. des OLG. Dresden mit, deren Ergebnis er für zutreffend erachtet. h) WürttZ. **06** 270, RJA. **7** 221, KGJ. **32** A 305 (Stuttgart). Es handelt sich nicht bloß um den Fall befreiter Vorerbschaft, wenn die Erblasserin bestimmt hat, das Nachlaßgrundstück solle, wenn die (näher bestimmte) Miterbin es zu übernehmen wünsche, nicht den Vorerben verbleiben, also auch nicht auf deren Nacherben übergehen, vielmehr solle in diesem Falle die von der Grundstücksannehmerin zu zahlende Summe an die Stelle des Grundstücks treten. Es ist nicht abzusehen, weshalb in einem Falle der hier vorliegenden besonderen Art zunächst ein nicht begründetes Anrecht des Nacherben auf das Nachlaßgrundstück durch Eintragung im Grundbuche geschützt und die Grundstücksannehmerin auf das Berichtigungsverfahren verwiesen werden solle, das doch wieder zur Streichung des auf die Nacherbfolge bezüglichen Vermerkes führen müßte.

3. Abs. 2. BreslauAK. **06** 58 (LG. Öls). Die Ausnahmevorschrift ist nicht auf die Übertragung oder Aufhebung von Rechten beschränkt. Wenn daher ein TV. bei Gelegenheit der Abtretung von Hypotheken, welche auf einem Nachlaßgrundstück eingetragen waren, Veränderungen der Zahlungsbedingungen vereinbart und deren Eintragung in das Grundbuch beantragt, kann die vorherige Eintragung der Erben nicht verlangt werden, sofern nur die Bewilligung des TV. gegen die Erben wirksam ist.

§ 42. 1. OLG. **12** 168 (Dresden). Ist ein Veräußerungsverbot unter Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 42 Abs. 1 eingetragen worden, so wirkt doch die Eintragung gegen den Erwerber der Hypothek, wenn der Erwerb (durch Abtretung und Übergabe des HypBriefs) erst nach der Eintragung erfolgt ist (§§ 892, 893 BGB.).

2. OLG. **12** 285, KGJ. **31** A 371, R. **06** 246, RJA. **7** 60, MecklZ. **24** 225 (Rostock). Zur Eintragung eines Widerspruchs des Eigentümers, der den Grundschuldgläubiger durch Aufrechnung befriedigt und dadurch eine Eigentümergrundschuld erworben hat, ist Vorlegung des Grundschuldbriefs erforderlich, da die Geltendmachung der durch Aufrechnung bewirkten Tilgung sich als Geltendmachung

einer rechtsvernichtenden Tatsache, nicht einer Einrede darstellt, das Nichtbestehen der Grundschuld aber nicht in Frage steht, da durch die Tilgung die Grundschuld auf den Grundstückseigentümer übergeht (§§ 1143, 1192 BGB.).

§ 45. ElsLothNotZ. **06** 371 (LG. Colmar). Wenn die beantragte Eintragung richterlich verfügt und vom Grundbuchführer eingetragen, jedoch vom Richter noch nicht unterschrieben ist, kann eine Zwischenverfügung zur Herbeiführung der richtigen Katasterbezeichnung nicht mehr erlassen werden.

§ 48. 1. Eintragung mehrerer Rechte unter einer Nummer. **a**) Die Entsch. RJA. **6** 151 (KG.) — JDR. **4** Ziff. 1b zu § 48 — auch abgedruckt KGJ. **31** A 313. **b**) *Brachvogel, ZBlFG. **7** 377. Der § 48 GBO. verbietet nicht die Eintragung mehrerer nicht gemeinschaftlicher Rechte unter einer Nummer, sondern bestimmt nur, wie zu verfahren, wenn ein Mehreren gemeinschaftliches Recht eingetragen werden soll. **c**) Oberneck, DNotV. **06** 521, stellt den § 404 Abs. 3 BayDAnw. f. die GBÄmter in den Landesteilen rechts des Rheins gegenüber einem BadMinErl. v. 24. 6. 05 worin die Möglichkeit der Eintragung einer Hypothek gleichzeitig zur Sicherung mehrerer Mündel bejaht wird, und entscheidet sich für die BayDAnw., wonach mehrere selbständige Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden nicht in einer Eintragung zusammengefaßt und unter einer Nummer eingetragen werden sollen. Ebenso die aaO. 526 mitgeteilte Auslassung des AG. Offenburg.

2. Miteigentum und Gemeinschaft zur gesamten Hand. **a**) *Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 51 Anm. 2. Beim Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008 f. BGB.) sind die Bruchteile anzugeben, beim Miteigentum zur gesamten Hand (Gesellschaft, Güter- und Erbengemeinschaft) die Art des Gemeinschaftsverhältnisses. **b**) Schröder, GrundbEntsch. V 117 Anm. 35. Werden zwei oder mehreren Personen an einem und demselben Grundstück in gleichem Umfange Nießbrauch- oder Wohnungsrechte eingeräumt mit der Bestimmung, daß beim Tode eines Berechtigten der Überlebende oder die Überlebenden das Recht des Verstorbenen erhalten, so wird regelmäßig nicht die Bestellung nur eines Rechtes für die mehreren Berechtigten in Gemeinschaft nach Bruchteilen, sondern die Bestellung von soviel selbständigen Rechten mit gleichem Range, als Berechtigte vorhanden sind, anzunehmen sein mit der Maßgabe, daß die einzelnen Berechtigten sich in der Ausübung ihrer Rechte im Sinne der §§ 1060, 1090, 1024 BGB. gegenseitig beschränken. **c**) Dennler, BayNotZ. **06** 171. Erwerben Eheleute Grundbesitz zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Geschäfts, so ist ihre Gemeinschaft eine solche zur gesamten Hand und sie sind als Erwerber mit dem Zusatz: „als Gesellschafter" aufzuführen. Eine Gemeinschaft besonderer Art, auf die die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB. analog anzuwenden sind, liegt vor, wenn mehrere ein Grundstück um einem einheitlichen Preis kaufen und jeder von ihnen den ganzen Kaufpreis zur Zahlung mitübernimmt.

3. Angabe der Bruchteile. **a**) BayObLG. **6** 714, R. **06** 62, SeuffBl. **06** 482. Haben Ehegatten gemeinschaftlich ein Grundstück erworben, und ist dabei unterlassen worden, ihren Anteil in Bruchteilen anzugeben oder das für die Gemeinschaft maßgebende Verhältnis im HypBrief (oder Grundbuche) zu bezeichnen, so genügt für die nachträgliche Eintragung des Hälfteanteils nicht eine bloße Vermutung, daß den Eheleuten gleiche Anteile an dem Grundstücke zustehen. Ebenso LG. München, SeuffBl. **06** 74; vgl. auch BayRpflZ. **06** 128. **b**) ElsLothJZ. **06** 312 (LG. Straßburg). Sind die Anteile der einzelnen Erwerber bei der Auflassung nicht angegeben, so bedarf es keiner neuen Auflassung, sondern es genügt zur Bestimmung der Anteile eine Erklärung der sämtlichen Erwerber über den für jeden einzelnen einzutragenden Anteil. **c**) KGJ. **32**

A 243. Durch die Angabe, daß eine Hypothek mehreren „zu gleichen Rechten" (nicht auch Anteilen) vgl. KGJ. **29** A 179 — JDR. **4** Ziff. 3b zu § 48 — zustehen soll, wird dem Erfordernisse des § 48 bezüglich der Bezeichnung der unter den Mitberechtigten bestehenden Gemeinschaft nicht genügt. **d)** OLG. **14** 85 (Hamburg). Bei dem Übergang eines Bruchteils von dem einen auf einen anderen Miteigentümer sind die Eintragungen in das Grundbuch entsprechend abzuändern.

4. Hirsch, R. **06** 609, bespricht die Entsch. des KGJ. **28** A 143 — JDR. **3** Ziff. 3 zu § 48 — und meint, daß die Schlußfolgerung des KG., eine Sicherungshypothek könne für Mitbürgen als Gesamtgläubiger nicht eingetragen werden, zuweit gehe, daß es vielmehr auf das unterliegende Rechtsverhältnis ankomme und hiernach z. B. die Sicherungshypothek für die Gesamtbürgen „als Gesellschafter" oder als „Mitberechtigte kraft Gesellschaftsgemeinschaft" (BGB. § 705) eingetragen werden könne.

5. **a)** BayRpflZ. **06** 405, SeuffBl. **06** 74 (BayObLG.). Der Grundsatz des § 48, daß eine das Recht eines Miteigentümers betreffende Eintragung erst dann vorgenommen werden darf, wenn die Größe der Bruchteile oder das die Gemeinschaft zur gesamten Hand begründende Rechtsverhältnis im Grundbuch eingetragen ist, ist auch bezüglich der unter der Herrschaft des BayHypGes. erfolgten Einträge maßgebend; es ist also vorher das Grundbuch durch Eintragung der Anteile oder des maßgebenden Rechtsverhältnisses zu berichtigen. **b)** Weber, BayRpflZ. **06** 401, teilt im Anschluß hieran eine BayJMinEntschl. v. 30. 1. 06 mit, wonach diese Berichtigung nicht von Fall zu Fall, sondern allgemein im Wege eines außerordentlichen Vereinigungsverfahrens dadurch erfolgen soll, daß die Hypotheken- oder Anlegungsbeamten ältere der dem § 48 nicht entsprechenden Einträge berichtigen, ist aber der Ansicht, daß eine solche Berichtigung nur auf Antrag erfolgen kann.

§ 52. OLG. **12** 160 (KG.). Veräußert der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben ein Nachlaßgrundstück, so ist es nicht angängig, den Grundstückserwerber unter gleichzeitiger Eintragung der Rechte des Nacherben als neuen Eigentümer einzutragen. Denn selbst wenn der Erwerber vor der Auflassung eine solche Eintragung bewilligt hätte (Predari 111), bedürfte es doch zur Auflassung auch der Zustimmung des Nacherben, soweit er nicht zur Zeit der Auflassung bereits eingetragen ist (KGJ. **26** A 267).

Vgl. im übrigen o. Ziff. 2 zu § 41 GBO.

§ 53. KGJ. **31** A 259. Hat der Erblasser auf Grund des § 2209 BGB. angeordnet, daß der TV. die Verwaltung des Erbteils eines Erben auch nach beendeter Nachlaßteilung fortzuführen habe, und erstreckt sich diese Verwaltung auf ein Grundstück, so ist bei Eintragung des Erben als Eigentümers die Ernennung des TV. von Amts wegen miteinzutragen.

§ 54. 1. *Unger, BuschsZ. **36** 9. Eintragungen, die öffentlichen Glauben genießen und wegen irriger tatsächlicher Feststellungen unrichtig sind, können nicht von Amts wegen gelöscht, geändert oder durch Eintragung eines Widerspruchs des öffentlichen Glaubens beraubt werden. — Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 bezieht sich nur auf solche Eintragungen, die nach § 892 BGB. öffentlichen Glauben genießen; andere unrichtige Eintragungen können von Amts wegen gelöscht werden (das. **36** 22).

2. Rieß, DJZ. **06** 259. Eine Nachholung von Eintragungen ist nur so lange möglich, als eine Eintragung nicht als abgeschlossen anzusehen ist, nicht aber, wenn es sich um irrtümlich gelöschte oder als gelöscht anzusehende (§ 47 Abs. 2) Lasten handelt, vielmehr ist für diesen Fall (im Gegensatze zu § 118 der früheren preuß. GBO.) nur das Mittel der Eintragung eines Widerspruchs

gewährt, und zwar auch dann, wenn das Grundstück inzwischen in andere Hände übergegangen ist. Ist trotzdem eine solche Eintragung zu Unrecht erfolgt, so ist gemäß § 54 Abs. 1 von Amts wegen ein Widerspruch dagegen einzutragen.

3. *Brachvogel, R. **06** 663 ff. Der Widerspruch aus § 54 GBO. ist einzutragen ohne Rücksicht darauf, ob in der Zwischenzeit seit der das Grundbuch unrichtig machenden versehentlichen Eintragung ein Rechtserwerb stattgefunden hat, und ohne Prüfung der Frage, ob der Zwischenerwerber sich in gutem Glauben befunden hat oder schlechtgläubig gewesen ist. AM.: OLG. **12** 162 (KG.).

4. Aus der Praxis. **a**) Die Entsch. des KG. — JDR. **4** Ziff. 3 zu § 54 — auch OLG. **12** 162, KGJ. **31** A 271. **b**) KGJ. **31** A 331, 337, RJA. **7** 69, 74. Auch eine inhaltlich unzulässige Eintragung (§ 54 Abs. 1 Satz 2) macht das Grundbuch unrichtig (§ 54 Abs. 1 Satz 1), und es kann daher, wenn die Löschung nicht von Amts wegen erfolgt, ein Widerspruch eingetragen werden. **c**) OLG. **12** 166 (KG.). Gegen eine auf Grund des § 24 Abs. 4 PrEnteignG. eingetragene Vormerkung über die Einleitung des Enteignungsverfahrens ist die Eintragung eines Widerspruchs nicht zulässig, da eine solche Vormerkung nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht (OLG. **7** 197, KGJ. **26** A 77, 238), sondern materiell-rechtlich ohne Bedeutung ist. Die Eintragung der Vormerkung kann aber gemäß § 71 Abs. 1 GBO. mit der auf Löschung abzielenden Beschwerde angefochten werden (KGJ. **27** A 82, **29** A 171).

§ 55. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **4** Ziff. 3 zu § 55 — auch KGJ. **31** A 346, RJA. **7** 50.

2. Die JDR. **4** Ziff. 4 zu § 55 erwähnte PrJMVf. v. 2. 5. 06, JMBl. 131, verordnet bei der Eintragung eines neuen Eigentümers infolge freiwilliger Veräußerung bei der Bekanntmachung an die Gläubiger die Mitteilung des vereinbarten Preises; ist der Preis nicht vereinbart oder nicht bekannt, so ist der der Kostenberechnung zugrunde gelegte Wert anzugeben. — Ähnlich BadJM. v. 30. 6. 06, BadRpr. **06** 226 unter Aufhebung der Vf. v. 18. 12. 05, BadRpr. **06** 7 und braunschw. StaatsMin. v. 12. 12. 05, BraunschwRpflZ. **06** 4.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 58. RJA. **7** 271, 275 (KG.). Abtretungs- und Verpfändungsurkunden werden dem HypBriefe nicht angeheftet, sondern nach § 9 in Urschrift oder beglaubigter Abschrift zu den Akten genommen. Wird bei Eintragung der Verpfändung einer Hypothek auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen — s. o. zu § 874 BGB. —, so genügt nach § 62 GBO. der Vermerk der Eintragung der Verpfändung unter Bezeichnung des Pfandgläubigers und seiner Forderung. Der nähere Inhalt des Pfandrechts ist für die Rechtsgestaltung der Hypothek ohne Bedeutung und braucht daher nach § 57 Nr. 3 GBO. in den HypBrief nicht aufgenommen zu werden.

§ 60. PosMschr. **06** 81 (Königsberg). Ein Widerruf der gemäß § 60 Abs. 2 getroffenen Bestimmung ist unwirksam, wenn der Grundstückseigentümer zusammen mit dem Grundstückserwerber die Bestimmung getroffen hat, vielmehr bedarf es der formgerechten Zustimmung des Erwerbers. Das GBA. hat jedoch die materielle Rechtslage nicht zu prüfen, vielmehr den formgültigen Widerruf zu beachten.

§ 61. DNotV. **06** 669, 803, KGBl. **06** 84 (Präsident des LG. I Berlin). Der § 61 ermächtigt nicht den Notar, die von dem GBA. ausgestellte Urkunde durch zusätzliche Vermerke zu verändern. Für die Erteilung des Briefes und

die Vermerkung nachträglicher Veränderungen auf dem Briefe ist nach §§ 56 ff., 62 ff. das GBA. ausschließlich zuständig.

§ 62. 1. KGJ. **31** A 341. Ein gemäß § 62 dem GBA. eingereichter HypBrief ist dem, der ihn im eigenen Namen überreicht hat, und falls dies in fremdem Namen geschehen ist, dem zurückzugeben, in dessen Namen er überreicht ist. Dem Verlangen des Empfangsberechtigten auf Rückgabe des Briefes an einen anderen ist stattzugeben, sofern nicht besondere Gründe entgegenstehen. Die öffentliche Beglaubigung solchen Verlangens kann nicht gefordert werden.

2. PosMschr. **06** 31 (KG.). Es ist nicht angängig, den § 62 Abs. 2 auf andere Fälle auszudehnen und dadurch gewissermaßen der Nichtbeachtung des § 42 Abs. 1 Satz 1 Vorschub zu leisten. Vgl. OLG. **10** 443.

3. Saß, ZBlFG. **6** 831. Es gehört nicht zu den Dienstobliegenheiten des Grundbuchamts, die Briefe über Rechte, die durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks erloschen sind, mit einem Löschungsvermerke zu versehen.

§ 66. *Brachvogel, ZBlFG. **7** 379. Nicht unter § 66 fällt die Vereinigung mehrerer kleinerer bisheriger Hypotheken zu einer einzigen, sie umfassenden größeren Hypothek unter Umwandlung jener in eine einheitliche Hypothek für eine an die Stelle der früheren mehreren Forderungen tretende einheitliche neue Forderung. Eine Hypothek kann also mehrere Hypothekenposten (Nummern) umfassen.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

Literatur: S. die zum FGG. bezeichnete Abhandlung von Unger, BuschsZ. **36** 1, und die Auszüge bei §§ 19, 20 FGG.

§ 71. A. Oberneck, DNotV. **06** 525. Im Dienstaufsichtswege können nur Beschwerden wegen Verzögerung, Verstöße gegen den Geschäftsbetrieb oder sonstige Unregelmäßigkeiten in Erledigung von Grundbuchsachen erledigt werden. Im übrigen hat aber die GBO. das Beschwerdeverfahren einheitlich geregelt, und die sonstige Zurückweisung oder Beanstandung eines Antrags nur dem Angriff der reichsgesetzlichen Beschwerden nach §§ 71 ff. ausgesetzt.

B. Legitimation zur Beschwerde. 1. **a)** OLG. **14** 139 (KG.). § 20 FGG. findet auf die Beschwerde in Grundbuchsachen weder unmittelbar noch mittelbar Anwendung, die Beschwerde ist vielmehr jedem Beteiligten zu gewähren, dessen Rechtskreis durch eine Entscheidung des GBA. betroffen wird und der deshalb an ihrer Beseitigung ein rechtliches Interesse hat. Daß diese Voraussetzungen dann nicht gegeben wären, wenn ein erst nachträglich entstandenes Recht durch die anzufechtende Entscheidung beeinträchtigt wird, kann in Ermanglung einer ausdrücklichen Vorschrift nicht zugegeben werden, vgl. **RG. 10** 98, 104. Deshalb ist eine Beschwerde nicht zu versagen, wenn, wie der Beschwerdeführer behauptet, ein seinem Rechte vorstehender Vermerk nichtig ist. **b)** OLG. **12** 170 (KG.). Lehnt es das GBA. ab, ein Grundstück in Übereinstimmung mit der Rittergutsmatrikel als Rittergut zu bezeichnen, so steht dem Landrat (als Vorsitzenden des Kreisausschusses) ein Beschwerderecht nicht zu, da er weder zur Vertretung der Beteiligten berufen, noch für Ersuchen an die GBÄmter um Vornahme von Grundbuchakten zuständig ist; ebensowenig steht die Wahrung eines öffentlichen Rechtes in Frage, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, darüber Auskunft zu geben, ob die Rittergutseigenschaft einem Grundstücke zusteht oder nicht.

2. Beschwerderecht des Notars. **a)** SeuffBl. **06** 266 (LG. München), ebenso BayObLG., BayNotZ. **06** 118. Wenn ein Notar einen Antrag nicht selbständig gestellt, sondern nur übermittelt hat, ist er nicht beschwerdeberechtigt. Vgl. BayObLG. **5** 136, Willenbücher 309 Note 4 zu § 15 GBO. **b)** NaumburgAK. **06** 55 (KG.). Ist eine Eintragung erfolgt und soll ein gegen sie

eingetragener Widerspruch im Wege der Beschwerde wieder beseitigt werden, so bedarf der Notar zur Einlegung der Beschwerde namens der Beteiligten einer besonderen Vollmacht. Die Erteilung der Vollmacht kann aus den Umständen gefolgert werden; eine besondere Form ist nach § 30 GBO. für diese Bevollmächtigung nicht erforderlich. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 78.

C. Beschwerde gegen Entscheidungen. 1. **a**) Wie KGJ. **22** A 3 — JDR. **2** Ziff. 2b zu § 71 — (Zulässigkeit der Beschwerde und weiteren Beschwerde nur wegen der Kosten) auch **RG**. 9. 12. 05, RJA. **6** 268, JW. **06** 71, ElsLothNotZ. **06** 51. **b**) HansGZ. **06** Beibl. 279 OLG. **14** 138 (Hamburg). Eine Entscheidung des GBA. im Sinne des § 71 liegt vor, wenn der Grundbuchrichter einen Eintragungsantrag zwar nicht ohne weiteres ablehnt, aber doch die Ablehnung androht, falls nicht bestimmten Auflagen bis zu einem gewissen Termine entsprochen werde. Schon die darin liegende Aussetzung der endgültigen Erledigung des Antrags kann die Interessen des Antragstellers berühren, und es wäre zwecklos, ihn zu nötigen, den Ablauf der Frist und die endgültige Ablehnung seines Antrags abzuwarten, bevor er sich über die ihm gemachten Auflagen beschweren könnte. **c**) Vgl. ferner Ziff. 6 zu § 883 BGB.

2. *Wilhelm, ElsLothNotZ. **06** 194. Die Beschwerde ist nicht nur gegen die Entscheidungen über die Einsichtnahme, Erteilung von Abschriften oder Auszügen zulässig, sondern auch gegen die eine Auskunfterteilung verweigernde Entscheidung. In letzterem Falle ist die Beschwerde jedoch stets als unbegründet zu verwerfen, da eine rechtliche Verpflichtung zur Auskunfterteilung nicht besteht. Eine indirekte Anfechtung der die Auskunfterteilung verweigernden Entscheidung ist unter Umständen ermöglicht durch die Erinnerung und gegebenenfalls weiter die Beschwerde gegen den Ansatz der für die Einsichtnahme oder die Erteilung einer Abschrift berechneten Kosten, wenn z. B. behauptet wird, daß gar nicht eine Abschrift, sondern eine bloße Auskunft erwünscht gewesen sei.

D. Beschwerde gegen Zwischenverfügungen insbesondere. (Vgl. zu § 18).

1. *Unger, BuschsZ. **36** 82. Gegen die im § 18 GBO. geordnete Setzung einer Frist ist Beschwerde zulässig.

2. *Du Chesne, SächsRpflA. **06** 529. Die Beeinträchtigung eines Rechtes, die im Wege der Beschwerde gerügt werden kann, liegt vor, wenn das GBA. eine Zwischenverfügung erläßt, die zwar einzelne Eintragungshindernisse bezeichnet, aber keine Frist zu ihrer Beseitigung setzt. Aus einer solchen Verfügung kann der Antragsteller nicht entnehmen, daß das GBA. die ganze Sachlage geprüft und, wenigstens zunächst, keine weiteren Anstände gefunden hat. Andererseits enthält die ordnungsmäßige Fristsetzung eine wichtige Gewähr dafür, daß vor Ablauf der Frist der Antrag nicht aus dem Grunde zurückgewiesen werden kann, daß die in der Zwischenverfügung bezeichneten Eintragungshindernisse noch nicht behoben worden seien.

3. Schröder, GrundbEntsch. V 126 Anm. 39. Wenn nach Erlaß einer Zwischenverfügung der Antrag abgewiesen und die Beschwerde damit begründet wird, daß die Zwischenverfügung ungerechtfertigt war oder erledigt ist, so ist die Beschwerde gegen beide Verfügungen zu richten, da anderenfalls mit Aufhebung der Abweisungsverfügung die Zwischenverfügung, welche durch Ablauf der gestellten Frist nicht ohne weiteres außer Kraft tritt, wieder aufleben würde.

4. ElsLothJZ. **06** 317 (LG. Straßburg). Die Beschwerde kann nicht darauf gestützt werden, daß das GBA. von dem gemäß § 18 GBO. lediglich in sein Ermessen gestellten Erlaß einer Zwischenverfügung keinen Gebrauch macht.

E. Beschwerde gegen eine Eintragung. 1. *Unger, BuschsZ. **36** 9 f., 20 ff., 91. Abs. 2 Satz 1 gibt den Gesetzeswillen unrichtig wieder. Wie

aus §§ 54, 71 Abs. 2 Satz 2 und aus der erkennbaren Absicht der letzteren Vorschrift zu entnehmen ist, ist Beschwerde gegen Eintragungen zulässig, jedoch die Beschwerde gegen solche Eintragungen, die nach § 892 BGB. öffentlichen Glauben genießen, in zweierlei Weise beschränkt: die Beschwerde kann nur damit begründet werden, daß die Eintragung auf einer Verletzung des Gesetzes, nicht auch damit, daß sie auf irrigen tatsächlichen Feststellungen beruhe; ferner kann, wenn der Gegenstand der Eintragung zu einer eintragungsfähigen Gattung von Rechten oder Rechtsvorgängen gehört, die Eintragung also nicht inhaltlich unzulässig, d. h. nichtig, sondern bloß unrichtig ist, die Beschwerdeabhilfe nur in der Anordnung der Eintragung eines Widerspruchs, nicht in der Anordnung der Löschung der Eintragung bestehen.

2. Du Chesne, BayRpflZ. **06** 421. Beschwerde gegen Eintragungsanordnungen ist nur dann zulässig, wenn diese auf einer selbständigen Entscheidung eines voraufgegangenen Konflikts beruhen, also nur gegen die gemäß § 71 Abs. 2 ergehenden Eintragungsanordnungen des Beschwerdegerichts, nicht gegen die nach § 76 ergehenden und die des GBA. Soweit sie hiernach aber zulässig ist, reicht sie auch aus, wenn die angeordnete Eintragung schon vorgenommen ist.

3. Aus der Praxis. **a**) Die Entsch. des KG., RJA. **6** 247 (JDR. **4** Ziff. A 1, B 3, C 3 zu § 71) auch KGJ. **31** A 239. **b**) KGJ. **32** A 199, RJA. **7** 148. Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1 ist nicht jede Einschreibung im Grundbuche, vielmehr ist darunter nur ein eingetragenes Recht zu verstehen, auf das sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt (KGJ. **26** A 238, **27** A 82, **29** A 171, OLG. **7** 197). Dies ist nicht der Fall, wenn als Gläubigerin eine Aktiengesellschaft mit ihrem das ganze Unternehmen umfassenden Handelsnamen eingetragen ist, während mit der Beschwerde die Einschreibung des Namens begehrt wird, den die Aktiengesellschaft für den Geschäftskreis ihrer Zweigniederlassung führt. **c**) KGJ. **31** A 324. Gegen die Eintragung einer Vormerkung ist die Beschwerde zulässig. **d**) OLG. **12** 174 (Hamburg). Unzulässig ist die Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Vormerkung (OLG. **2** 243). **e**) KGJ. **31** A 231. Die Rittergutseigenschaft eines Gutes gewährt (in Preußen) dem Besitzer keine besonderen materiellen Privatrechte, sondern nur unter Umständen gewisse Sonderbefugnisse hinsichtlich der Wahl zum Herrenhaus und bei den landschaftlichen Kreditinstituten. Demnach ist aber der im Grundbuch enthaltene Vermerk über die Rittergutseigenschaft keine „Eintragung" im Sinne des § 71 Abs. 2, wonach die Beschwerde gegen eine Eintragung nicht zulässig ist. Vgl. OLG. **7** 197, KGJ. **26** A 238, **27** A 83.

4. MecklZ. **24** 219 (Rostock). Daß eine Beschwerde stillschweigend den Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs aus § 54 Abs. 1 GBO. umfasse, kann nur angenommen werden, wenn der Widerspruch dem Beschwerdeführer von Vorteil ist, nicht aber, wenn die Eintragung zum Schutze des Beschwerdeführers wider die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht notwendig ist.

§ 74. BayRpflZ. **06** 65 (BayObLG.). Neue Ansprüche sind in der Beschwerdeinstanz unzulässig, da mit ihnen der Erstrichter noch gar nicht befaßt war.

§ 75. *Unger, BuschsZ. **36** 6, 17. Beschwerde ist keine notwendige Voraussetzung der erstinstanzlichen Abänderung einer Verfügung. Doch gilt auch für Grundbuchsachen der Rechtssatz, daß in Antragssachen die Zurückweisung eines Antrags nur auf Antrag oder Beschwerde des ursprünglichen Antragstellers geändert werden darf.

§ 77. RheinARV. **24** 124, 131 (KG.). Das Beschwerdegericht kann das GBA. wohl anweisen, eine Eintragung vorzunehmen oder von bestimmten Be-

denken abzusehen, nicht aber anweisen, bestimmte Bedenken geltend zu machen, die das GBA. vielleicht als unerheblich erachtet, mit der Wirkung, daß das Amtsgericht überhaupt nicht selbständig über diese Fragen zu befinden hätte.

§ 78. 1. OLG. **12** 174 (Hamburg). Die weitere Beschwerde kann nicht nur von dem zurückgewiesenen Beschwerdeführer, sondern von jedem durch die Beschwerde-Entscheidung in seinem Rechte Beeinträchtigten eingelegt werden (Turnau-Förster Anm. 3 zu § 78).

2. KGJ. **32** A 287. Legt ein Notar, der den Antrag auf Grundbucheintragung nicht gestellt hat, gegen die Ablehnung der Eintragung Beschwerde ein, so ist diese nur dann zulässig, wenn ihm von einem Beteiligten Vollmacht erteilt ist. Die Bevollmächtigung, die keiner besonderen Form bedarf, kann jedoch noch in der Instanz der weiteren Beschwerde nachgewiesen werden, da sie die Legitimation des Beschwerdeführers und somit eine prozessuale Voraussetzung für den Erlaß einer Entscheidung in der Beschwerdeinstanz bildet. Vgl. **RG. 27** 187, JW. **00** 272[6], **04** 212[29] u. o. Ziff. B 2 § 71.

§ 79. **RG. 62** 140, RJA. **6** 268, JW. **06** 71, ElsLothNotZ. **06** 51, ZBlFG. **6** 791. Die Anwendbarkeit des § 79 Abs. 2 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das eine OLG. in der Hauptsache entschieden hat, während die Entscheidung des anderen OLG. wegen Erledigung der Hauptsache nur den Kostenpunkt betrifft, wenn nur die Entscheidung des Kostenpunktes zugleich die Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden reichsgesetzlichen Vorschrift in sich schließt. Andererseits wird hierdurch die Anwendbarkeit des § 28 PrFGG. nicht begründet.

§ 80. 1. OLG. **12** 175, ElsLothJZ. **06** 60, 628, ElsLothNotZ. **06** 361 (Colmar). Hat der Beschwerdeführer den den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildenden Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs persönlich an das GBA. gerichtet und der Notar nur die Unterschrift unter diesem Antrage beglaubigt, so genügt dies nicht, um den Notar nach § 80 Abs. 1 Schlußsatz zur weiteren Beschwerde zu ermächtigen. Vgl. OLG. **7** 232, **1** 266.

2. BayObLG. **7** 185, R. **06** 559. Hat der Notar nicht den Eintragungsantrag im Namen der Beteiligten bei dem GBA. gestellt, sondern nur den von ihm beurkundeten Eintragungsantrag der Beteiligten dem GBA. zum Vollzuge vorgelegt, so ist zur Einlegung der weiteren Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift die Zuziehung eines Rechtsanwalts erforderlich.

3. BadRpr. **06** 342 (Karlsruhe). Das OLG. spricht dem Verwaltungsrat einer unter Gemeindebürgschaft stehenden Sparkasse die Bedeutung einer Behörde im Sinne des § 80 Abs. 1 GBO. ab, weil § 25 Abs. 3 BadGBAG. den genannten Sparkassen zwar die Befreiung von dem im § 29 GBO. vorgeschriebenen Erfordernisse der (besonderen) öffentlichen Beglaubigung verliehen habe, diese Befreiung sich aber nicht auf die im § 80 Abs. 1 GBO. vorgeschriebene Zuziehung eines Rechtsanwalts zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerde erstrecke. Dagegen weist Mainhard aaO. aus der Entstehungsgeschichte des angeführten § 25 nach, daß durch dessen Abs. 3 die genannten Behörden nur vom Beglaubigungszwange befreit werden sollten, daß dagegen die Frage, ob den Verwaltungsstellen der betreffenden Sparkassen die Eigenschaft als öffentliche Behörde zuzuerkennen sei, sich nach dem öffentlichen Rechte des betreffenden Staates entscheide, diese Frage aber nach badischem Rechte zu bejahen sei.

§ 81. *Unger, BuschsZ. **36** 49. Unter der „Zivilkammer", dem „Zivilsenat" sind die nach §§ 62 ff. GVG. gebildeten Kammern usw., auch die Ferienkammern usw. zu verstehen. — Handlungen eines ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Beschwerderichters sind nichtig (das. 64).

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 83. KGJ. **31** A 281. Veräußerte Grundstücksteile dürfen allein auf Grund von Unschädlichkeitszeugnissen (Art. 20 PrAGGBO.) nicht frei von den nach früherem Rechte eingetragenen öffentlichen Lasten abgeschrieben werden.

§ 90. KGJ. **31** A 277. Ist im Separationsrezesse den beteiligten Grundbesitzern ein Grundstück zu gemeinschaftlichem Eigentum überwiesen und hat dieses Grundstück kein besonderes Blatt im Grundbuche, steht aber das Anteilsrecht einiger der Beteiligten auf dem Grundbuchblatt ihres Hauptguts eingetragen, während das Anteilsrecht der übrigen nicht gebucht ist, so kann, wenn (in Preußen) die Auseinandersetzungsbehörde die Veräußerung genehmigt und deren Unschädlichkeit bescheinigt hat, der der Gesamtheit der Beteiligten bestellte Vertreter das Grundstück lastenfrei auflassen, ohne daß vorher auch noch die ungebuchten Anteilsrechte eingetragen und bei den gebuchten die Größen der Bruchteile angegeben werden (PrG. v. 2. 4. 87 §§ 4, 5, 8). Auf Grund der Auflassung wird der Erwerber als Eigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen; die gebuchten Anteilsrechte werden abgeschrieben.

§ 91. Zur Auslegung der preußischen Kgl. VO. v. 13. 11. 99. **Artt. 11, 20.** Die Entsch. des KGJ. **30** A 171 — JDR. **4** aaO. — auch OLG. **12** 176.

Art. 15. Die Entsch. des KGJ. **30** A 174 — JDR. **4** aaO. — auch OLG. **12** 180, PuceltsZ. **06** 410.

Art. 20. **a**) Die Entsch. des KGJ. **29** A 119 — JDR. **4** Ziff. b zu Art. 20 — auch OLG. **12** 183. **b**) Nr. 2. PosMschr. **06** 30 (KG.). Das Besitzzeugnis einer staatlichen Behörde über den Eigenbesitz des Staates ist nicht deshalb als ein ungeeignetes Mittel der Glaubhaftmachung zu erachten, weil die bescheinigende Behörde berufen sei, die Rechte des Staatsfiskus wahrzunehmen. Vgl. KGJ. **14** 95, **27** A 242, **RG.**, GruchotsBeitr. **41** 1050, JMErl. v. 22.12.38, JMBl. **39** 29.

§§ 93 ff. Zur Auslegung der preußischen AVf. v. 20. 11. 99. **§ 11.** KGJ. **32** A 208, RheinARV. **24** 124, 135 (KG.). Im § 11 AllgVf., welcher die Eintragungen nennt, für welche die Abt. II des Grundbuchs bestimmt ist, ist von der geschehenen Enteignung eines Grundstücks (als Entziehung des Eigens) nicht die Rede. Die unter Ziff. 3 aufgeführte Vormerkung, die übrigens keine solche im Sinne des heutigen Grundbuchrechts ist, betrifft nur die Einleitung des Enteignungsverfahrens, ihre Eintragung ist im § 24 Abs. 4 EnteignG. ausdrücklich angeordnet und demnach gemäß Art. 109 EGBGB. auch jetzt noch zulässig. Eine Eintragung der geschehenen Enteignung könnte höchstens in Form eines Widerspruchs für Abt. II in Betracht kommen aus dem Gesichtspunkte der §§ 894, 899 BGB. als vorläufige Maßregel für den Fall, daß es an der Zustimmung des Passivbeteiligten fehlen sollte.

§ 13. *Brachvogel, ZBlFG. **7** 372. Der Paragraph bestimmt nicht, daß jedes einzelne Recht unter einer besonderen Nummer einzutragen sei, sondern nur, daß die Eintragungen fortlaufende Nummern in jeder Abteilung erhalten sollen. Zusammenfassung mehrerer Rechte (auch Hypotheken) unter einer Nummer ist deshalb ausnahmsweise zulässig, wenn überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen, z. B. bei Erbteilshypotheken mehrerer Geschwister.

§ 18. SchlHolstAnz. **06** 203 (LG. Kiel). In Fällen der Abschreibung und Zuschreibung eines Grundstücksteils ist die vorgängige Anlegung eines Grundbuchblatts für den abzuschreibenden Grundstücksteil nicht unbedingt erforderlich (Turnau-Förster [3] II 58).

§§ 20, 28. Abs. 7. Vorschläge für die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter macht Liebegott, ZBlFG. **6** 660.

§ 29. BreslauAK. **06** 9 (KG.). Das Verfahren wegen Erhaltung der Übereinstimmung des Grundbuchs mit dem Steuerbuche regelt sich nach den bisherigen Vorschriften. (Vgl. KGJ. **9** 73, **13** 105). Das Wesen der Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster besteht lediglich darin, daß der als gegeben und feststehend vorausgesetzte grundbuchmäßige Bestand eines Grundstücks durch die Angabe der Katasterbezeichnungen und durch den darin enthaltenen Hinweis auf die vom Kataster aufgenommenen und fortgeführten Karten näher beschrieben wird. Es liegt aber außerhalb des Rahmens der zurückführenden Tätigkeit, zu erörtern, ob sich in Ansehung des Grundstücks oder eines Teiles Eigentumsveränderungen vollzogen haben, die nicht im Grundbuche beurkundet sind. Die bloße Nachtragung der Katasterbezeichnungen ändert an den im Grundbuche beurkundeten Rechtsverhältnissen nichts, deshalb wird dadurch auf Grund eines angeblichen Eigentumsrechts ein Widerspruch gegen die Nachtragung der Katasterbezeichnungen nicht gegeben. Deshalb kann auch ein solcher Widerspruch für die Zurückführung des Grundbuchs kein Hindernis geben, wenn nur der grundbuchmäßige Bestand des zurückzuführenden Blattes feststeht.

§ 30. KGJ. **32** A 208, RheinARV. **24** 124, 133 (KG.). Die Ausnahmebestimmung im § 30 Abs. 4 bezweckt offenbar die Aufrechterhaltung der bisherigen Praxis, wie sie gegenüber dem § 58 PrGBO. durch KGJ. **4** 161 festgestellt war, dabei ist aber als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der abzuschreibende Teil des Grundstücks im Ersuchen der Behörde oder im Enteignungsbeschluß oder in dessen Anlagen derart nach dem Steuerbuche bezeichnet ist, daß eine der allgemeinen grundbuchrechtlichen Vorschriften entsprechende Abschreibung ermöglicht wird (vgl. KGJ. **23** A 141). Dies trifft sowohl für die Abschreibung und Übertragung auf ein neues Blatt, als auch für die bloße Ausbuchung zu.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: Aus der Literatur zum FGG. sind, abgesehen von dem bereits im letzten Jahresbericht erwähnten Wellsteinschen Kommentar, dessen Stellungnahme zu den wichtigsten Streitfragen diesmal in einer Reihe von Selbstberichten des Verf. zum Ausdruck kommt, an erster Stelle die zweite Auflage des Kommentars von Josef und die grundlegende Abhandlung Ungers über die Rechtsmittel zu nennen. Grenzgebiete der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit behandelt v. Amelunxen, die wechselseitige Einwirkung beider Gebiete aufeinander erörtert Josef in mehreren Aufsätzen. Von letzterem ist ferner der Einfluß des Todes, Konkurses und ähnlicher Umstände auf das echte Streitverfahren sowie die Stellung der Frau in der freiwilligen Gerichtsbarkeit dargestellt. — Unter den sich mit Einzelfragen beschäftigenden Abhandlungen sind wiederum die von Josef über die selbsttätige Beweisschaffungspflicht der Beteiligten und über Streitfragen aus dem Beschwerde- und Urkundenrecht hervorzuheben. Die im Berichtsjahre besonders lebhaft behandelte Frage, ob die Beurkundung von Rechtsgeschäften zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten gehört, darf als durch die abschließenden Erörterungen Ungers erledigt bezeichnet werden.

Die Rechtsprechung des vergangenen Jahres betrifft vorzugsweise die Rechtshilfe und das Beschwerderecht. Auf dem Gebiete der Beurkundung von Rechtsgeschäften hat das RG. in der bedeutsamen Entsch. v. 15. 2. 06 seine bisherige Auffassung, daß der Vollziehungsvermerk räumlich den Parteiunterschriften nicht nachfolgen dürfe, unter Zustimmung der gesamten Literatur aufgegeben.

Literatur: v. Amelunxen, Freiwillige Gerichtsbarkeit und freiwillige Urteile (Anerkenntnisurteile), ZBlFG. **7** 547 ff. — Brand, Die Registersachen in der gerichtlichen

Praxis. Berlin 1906. — Dittrich, Handkommentar. Leipzig 1906. — Formularbuch für die FG. (herausgegeben auf Veranlassung des Berliner Anwaltvereins). Berlin 1906. (2) 1907. — Jastrow, Die Gesetze des Reichs und Preußens über die freiwillige Gerichtsbarkeit (4). Berlin 1906. — Josef, Kommentar (2). Berlin 1906. — Josef, Rechtslehre und Rechtsprechung zu der Frage über die Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse auf die Tätigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **6** 545. — Ders., Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander, BuschsZ. **35** 530. — Ders., Tod, Konkurs und ähnliche Umstände im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DJZ. **05** 1094. — Ders., Die Frau in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotV. **06** 49 ff. — Lindemann, Die Reichsgesetzgebung über die gerichtliche Registerführung. Berlin 1906. — Ott, Geschichte und Grundlehren des österr. Rechtsfürsorgeverfahrens. Wien 1906. — Sander, Das zivilgerichtliche Verfahren außer Streitsachen, Wien 1907 (österr. R.) — Siméon, Recht und Rechtsgang, II (3/4). Berlin 1906. — Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, BuschsZ. **36** 1—112 (Fortsetzung von **34** 233 ff., behandelt die Abänderbarkeit der Verfügung, den Instanzenzug, das Rechtsmittelgericht, Ausschließung und Ablehnung der Richter, die Anfechtbarkeit der Verfügungen, die Beschwerdebefugnis).

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Zur Lehre von den Grenzlinien zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit gibt v. Amelunxen, ZBlFG. **7** 547 ff., eine Darstellung der in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen über den Begriff der „Angelegenheiten der FG." einerseits und der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" anderseits (547 bis 549), und erörtert eingehend die Frage, ob und wie weit es möglich ist, Rechtsgestaltungen, die im Wege der FG. angestrebt werden, ebenso im Wege der Formen und des Verfahrens der streitigen Gerichtsbarkeit zu erreichen, ob beide Gebiete sich wechselseitig ausschließen, insbs. die (in ElsLothr. üblichen) freiwilligen Anerkenntnisurteile zu dem offenkundigen Zwecke rechtsgeschäftlicher Beurkundung und zur Umgehung der Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes zuzulassen sind. In Übereinstimmung mit Wach (Zivilprozeß I 48, 51) und im Gegensatze zu Degenkolb, der (Einlassungszwang und Urteilsnorm 233 ff.) einen „Vertrag der Parteien auf Verschaffung rechtskräftiger Feststellung" für zulässig hält, nimmt der Verf. an, daß die Erklärung der Parteien, zu einem rechtsgeschäftlichen Zwecke prozessieren zu wollen, ihnen den Rechtsweg verschließt und deshalb von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Nur die prozeßgemäße gerichtliche Beurkundung ersetzt die Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes, nicht aber eine mißbräuchliche Benutzung der Prozeßform zum Zwecke des Zustandekommens eines vor Anrufung des Prozeßrichters bereits vereinbarten, lediglich der gültigen Form entbehrenden und deshalb nach § 141 BGB. nichtigen Rechtsgeschäfts.

§ 1. Literatur: Fuchs, Ist die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen? R. **06** 473. — Frese ebenda 655. — Unger, Gehört die Beurkundung von Rechtsgeschäften zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten i. S. des § 1 RFGG.? ZBlFG. 7 327.

I. 1. *Wellstein, § 1 Anm. 1d. Die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die reichsgesetzlich der gerichtlichen (oder notariellen) Beurkundung bedürfen, gehört zu den durch Reichsgesetz den Gerichten (und Notaren) übertragenen Angelegenheiten. Das BGB. hat die Gerichte (und die Notare) für zuständig erklärt, indem es deren Mitwirkung für gewisse Beurkundungen erfordert und ihrer entsprechend eingetretenen amtlichen Tätigkeit die vom Gesetz daran geknüpfte Wirksamkeit beilegt. Diese Zuständigkeitserklärung ist in derselben Weise erfolgt, in der auch die Zuständigkeit der Vormundschafts- und Nachlaßgerichte (vgl. §§ 1774 ff., 1942 ff. BGB.) von dem BGB. festgestellt ist. — Ebenso Josef § 1 Anm. 2. Auch die äußere Anlage des Gesetzes weist darauf hin,

daß die allgemeinen Vorschriften wie auf den zweiten bis neunten, so auch auf den zehnten Abschnitt, also auch auf das Beurkundungswesen, wenigstens grundsätzlich Anwendung finden, so daß es gleichgültig ist, daß einzelne Vorschriften des ersten Abschnitts der Natur der Sache nach für das Beurkundungswesen kaum in Betracht kommen und die Ausschließung in §§ 170—172 abweichend von §§ 6, 7 geregelt ist.

2. *Unger, ZBlFG. **7** 327—348. Die Streitfrage, ob die öffentl. Beurkundung von Rechtsgeschäften durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen ist, wird hier, nachdem die verschiedenen Ansichten darüber und ihre Begründungen aufgeführt sind, für die Fälle, in denen die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von den Reichsgesetzen zur Gültigkeit gewisser rechtsgeschäftlicher Erklärungen erfordert oder mit der Kraft versehen ist, andere gesetzliche oder vereinbarte Formen zu ersetzen, bejahend entschieden, weil a) das FGG. nach seinem auf Herbeiführung einheitlicher Anwendung und Durchführung der Vorschriften des bürgerlichen Reichsrechts gerichteten Zwecke von den allgemeinen Vorschriften seines ersten Abschnitts die bezeichnete Beurkundung vernünftigerweise nicht habe ausschließen können; b) weil der erste Gesetzesentwurf (die „Grundzüge eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit") im § 1 die Geltung seiner allgemeinen Bestimmungen für alle Angelegenheiten, „welche Gegenstand dieses Gesetzes sind", also auch für die „gerichtlichen Urkunden" des jetzigen zehnten Abschnitts vorgeschrieben habe, und die spätere Abänderung dieser Fassung nur als Erweiterung, nicht aber als Einschränkung des sachlichen Geltungsgebiets der allgemeinen Bestimmungen erklärlich erscheine; c) weil die Bestimmung des § 1 FGG. in der die Streitfrage bejahenden Auslegung nicht nur mit der äußeren Anordnung der einzelnen Teile des FGG., sondern auch mit einzelnen auf die Beurkundung bezüglichen Vorschriften der neuen Reichsgesetzgebung besser im Einklange stehe, als die gegenteilige Auslegung; d) weil endlich auch die Worte des § 1 FGG.: „durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen" mit der bejahenden Auslegung vereinbar seien.

3. *Frese, R. **06** 655. In den Fällen, wo die gerichtliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts auf Grund einer reichsgesetzlichen Bestimmung erforderlich ist (§§ 311, 312 Abs. 2, 313, 518, 1434 BGB. usw.), ist den Beteiligten durch diese reichsgesetzliche Bestimmung zugleich das Recht gegeben, die Beurkundungstätigkeit eines Gerichts anzurufen und damit — unbeschadet des Vorbehalts im Art. 141 EGBGB. — die Beurkundung zu einer amtlichen Pflicht der Gerichte, mithin zu einer Angelegenheit gemacht, die den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist. — Dagegen handelt es sich in allen anderen Fällen, wo die öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts in Frage kommt, auch wenn dafür die Gerichte zuständig sind, nicht um eine der im § 1 bezeichneten Angelegenheiten. Für diese Fälle (insbes. für diejenigen, wo das BGB. für ein Rechtsgeschäft eine andere Form verlangt, die gerichtliche Beurkundung aber als Ersatz der vorgeschriebenen, einfacheren Form gelten läßt, §§ 126, 129 BGB.) fehlt es an einer reichsgesetzlichen Vorschrift, die die gerichtliche Beurkundung verlangt und damit den Gerichten die Beurkundung überträgt.

4. *Fuchs, R. **06** 473 ff., verneint die Streitfrage (o. Ziff. 2). § 167 Abs. 1 FGG. setzt die Übertragung der öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften an die Gerichte schon voraus und regelt nur die sachliche Zuständigkeit. Die Denkschrift spricht dies ausdrücklich aus. Es folgt auch daraus, daß die Vorschriften des 10. Abschnitts das Beurkundungswesen nicht durchgreifend ordnen wollen. Eine Übertragung ist auch nicht durch §§ 126, 127, 129 BGB. erfolgt, die lediglich die Form der Rechtsgeschäfte bestimmen. Für die Ansicht spricht sowohl Art. 141 EGBGB., wonach die Bestimmung über die Zuständigkeit der Landesgesetz-

gebung überlassen wird, als auch Art. 31 Abs. 1 Satz 1 PrFGG., der die Beurkundung den Gerichten und den Notaren überträgt.

II. **a**) ZBlFG. **6** 529 (Cassel). Zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten gehört nicht die gerichtliche Beurkundung von Rechtsgeschäften. **b**) FrankfRundsch. **40** 20 (Frankfurt). Die gerichtliche Beurkundung eines Löschungsantrags durch ein AG. an Stelle des Registergerichts ist nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen.

§ 2. I. Allgemeines. 1. **a**) *Wellstein, Komm. § 2 Anm. 2. Ein Rechtshilfeersuchen um Vornahme der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts kann — obgleich auf diese Beurkundungen die Vorschriften des ersten Abschnitts und mithin auch des § 2 Anwendung finden — von dem ersuchten Gericht abgelehnt werden, sofern die Beurkundung nicht Teil eines anderen Verfahrens in einer Angelegenheit der freiw. Ger., sondern etwas vollständig für sich Selbständiges, für sich Abgeschlossenes ist. Es empfiehlt sich aber eine entgegengesetzte Praxis, dergemäß ein solches Ersuchen zu erledigen ist, weil dies nicht verboten ist (§ 159 Abs. 2 GVG.). Vgl. OLG. **4** 220b, **6** 496c. **b**) Zu der JDR. **4** § 2 FGG. unter 1 erwähnten Ansicht von Josef vgl. auch Josef, Komm. § 2 A III.

2. Rechtsprechung. **a**) SchlHolstAnz. **06** 133 (Kiel). In Preußen haben die Gerichte auch dem Notar, dem die Vermittelung der Auseinandersetzung übertragen ist, Rechtshilfe zu leisten. **b**) ZBlFG. **6** 529 (Cassel). Die Beurkundung von Rechtsgeschäften kann im Wege der Rechtshilfe nicht verlangt werden (vgl. § 1). **c**) FrankfRundsch. **40** 20 (Frankfurt). Eine reichsgesetzliche Verpflichtung zur Rechtshilfe besteht nicht hinsichtlich der Beurkundung eines Löschungsantrags durch ein AG. an Stelle des Registergerichts. **d**) OLG. **12** 184 (Celle). Das „Ersuchen" eines Nachlaßgerichts an ein Vormundschaftsgericht, eine der Zuständigkeit des letzteren unterstehende Pflegschaft nach § 1913 BGB. einzuleiten, ist kein Ersuchen um Rechtshilfe, die nur vorliegt, wenn die erbetene Amtshandlung an sich Sache des ersuchenden Gerichts ist. **e**) R. **06** 1381 (Frankfurt). Das Ersuchen, die Löschungsbewilligung eines Hypothekengläubigers entgegenzunehmen, darf nicht abgelehnt werden. **f**) PosMschr. **06** 96 (Marienwerder). Das nach § 20 PrAGGVG. bei Vereinigung mehrerer Grundstücke als zuständiges Grundbuchamt bestimmte AG. ist befugt, ein anderes Grundbuchamt um Vornahme der Abschreibung von Parzellen zu ersuchen. **g**) ZBlFG. **7** 32 (Cassel). Das Ersuchen um mündliche Bekanntmachung oder Erläuterung einer gerichtlichen Verfügung ist abzulehnen. **h**) DNotV. **06** 113 (Dresden). Die Übermittelung von Urkunden, die das Vormundschaftsgericht aufgenommen hat und auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, enthält die bloße Überreichung des in der Urkunde gestellten Eintragungsantrags der Beteiligten, kein Ersuchen um Rechtshilfe, das voraussetzt, daß die im Ersuchen verlangte Handlung eine solche ist, die eigentlich dem ersuchenden Gericht selbst obliegt. Gegen die Ablehnung des Eintragungsantrags steht den Beteiligten deshalb lediglich die Beschwerde zu; ein Verfahren gemäß § 160 GVG. findet nicht statt. (Vgl. Josef § 2 IV.) **i**) SchlHolstAnz. **06** 265 (KG.). Gegen die Weigerung eines AG., einem Rechtshilfeersuchen des Reichsversicherungsamts oder der Berufsgenossenschaften zu entsprechen, kann nicht im gerichtlichen Instanzenzuge, sondern nur im Dienstaufsichtswege Abhilfe gesucht werden. AM. Breslau, das. 266. **k**) OLG. **13** 306, SchlHolstAnz. **06** 365 (KG.). Lehnt ein AG. das Ersuchen um Vollstreckung einer gegen den Vormund festgesetzten Ordnungsstrafe ab, so entscheidet nicht das OLG. gemäß § 160 GVG., sondern die vorgesetzte Dienstbehörde, da es sich um einen Verwaltungsakt handelt. **l**) OLG. **13** 304 (Frankfurt). Gegen die Weigerung des AG., auf Ersuchen des Vorstandes einer Berufsgenossenschaft

Sachverständige eidlich zu vernehmen, findet nach § 87[2] PrAGGVG. Sachbeschwerde statt.

II. Vormundschaftssachen. OLG. **12** 184 (Dresden). Der Vorbehalt des Art. 147 EGBGB., nach welchem landesgesetzlich für Vormundschaftssachen andere als gerichtliche Behörden zuständig sein können, ändert nichts an der grundsätzlichen Übertragung der Vormundschaftssachen an die Gerichte und rechtfertigt nicht die Weigerung der Rechtshilfe zwischen den Gerichten und den als Vormundschaftsgerichten fungierenden, anderen Behörden (vgl. § 194).

III. Nachlaßsachen. OLG. **13** 305, SächsOLG. **27** 268, SchlHolstAnz. **06** 365 (Dresden). Das Amtsgericht, das ein bei ihm verwahrtes Testament nach § 2261 BGB. eröffnet, aber wegen Nichterscheinens der Beteiligten nicht verkündet hat, muß dies auf Ersuchen des Nachlaßgerichts nachholen.

§ 4. I. *Wellstein § 4 Anm. 4. Ein Konkurrenzfall im Sinne des § 4 liegt nur vor, wenn es sich um eine Tätigkeit mehrerer Gerichte in derselben Sache handelt. Als „Sache" hat jede selbständige Obliegenheit zu gelten; so z. B. neben Vormundschaft und Pflegschaft jede der vielen Verrichtungen, die dem Vormundschaftsgericht übertragen sind, aber „nicht eine Vormundschaft oder Pflegschaft betreffen" (§§ 43—45 FGG.). Demgemäß bilden z. B. ein gleichzeitiges Tätigwerden zweier Vormundschaftsgerichte, und zwar des einen in bezug auf die beantragte Genehmigung eines von einem Vater über das Grundstück seines Sohnes geschlossenen Kaufvertrags (§ 1643 BGB.) und des anderen in bezug auf die Volljährigkeit desselben Sohnes (§ 3 BGB.) keinen Fall im Sinne des § 4, da hier zwei durchaus verschiedene „Sachen" vorliegen. Uebereinstimmend Josef § 4 Anm. 3. Desgleichen können von den im § 45 erwähnten Angelegenheiten mehrere zwischen denselben Ehegatten schwebende gleichzeitig bei verschiedenen Vormundschaftsgerichten anhängig sein, ohne daß die eine für die andere einen Präventionsfall im Sinne des § 4 bildet. Eine gleiche Bedeutung als selbständige Sache kommt der Sicherung des Nachlasses (§ 74) im Verhältnis zur Nachlaßauseinandersetzung (§ 86) zu; selbst dann liegt ein Konkurrenzfall des § 4 nicht vor, wenn verschiedene Amtsgerichte in Ausübung ihrer Pflicht nach § 74 in Ansehung verschiedener Teile ein und desselben Nachlasses Sicherungsmaßregeln ergreifen.

II. BayObLG. **7** 118 (BayObLG.). Ein örtlich unzuständiges Gericht kann nicht durch Prävention zuständig werden, wenn auch die von ihm vorgenommenen Handlungen nicht unwirksam sind.

§ 5. 1. KGJ. **32** A 3 (KG.). Besteht zwischen mehreren Gerichten Streit über die örtliche Zuständigkeit, so hat die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das gemeinschaftliche obere Gericht nicht nur auf die Vorstellung eines der streitenden Gerichte, sondern auch auf die Anregung eines bei der Rechtsangelegenheit Beteiligten zu erfolgen (aM. KGJ. **20** A 121; vgl. Josef, Komm. § 5 Anm. 3). — KGJ. **32** A 6 (KG.). Auch schlechthin von Amts wegen ist das örtlich zuständige Gericht zu bestimmen, wenn sich ein Bedürfnis hierfür zeigt, insbes. wenn der Tatbestand eines solchen Streites zur amtlichen Kenntnis des oberen Gerichts gelangt.

2. BayObLG. **7** 118 (BayObLG.). Bei der Entscheidung der Frage, welches von mehreren Gerichten zuständig ist, kommen bloße Zweckmäßigkeitsgründe nicht in Betracht.

§ 6. 1. *Unger, BuschsZ. **36** 59. Als „Beteiligte" und als die, deren „Sache" behandelt wird, sind hier, soweit es sich um Begründung oder Änderung von Verpflichtungen oder um Aufgabe von Rechten der zunächst Beteiligten handelt, auch diejenigen anzusehen, deren Interesse dem der zunächst Beteiligten

entgegengesetzt ist, insbesondere z. B. bei gerichtlicher Genehmigung von Rechtsgeschäften der Mündel auch deren Geschäftsgegner.

2. *Unger, BuschsZ. **36** 62. Der Ausschließungsgrund des § 41 Nr. 6 ZPO. gilt für andere Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als Grundbuchsachen, nicht.

3. *Wellstein § 6 Anm. 4 b. Die Ausschließung des Richters von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, ist auch dann gegeben, wenn die Ehe auf Ungültigkeits- oder Nichtigkeitsklage hin für nichtig erklärt ist. Zwar betrachtet das BGB. im allgemeinen eine nichtige oder anfechtbare Ehe, nachdem der Richterspruch für Nichtigkeit entschieden, als von Anfang an für nicht bestehend. Im Falle des § 1345 Abs. 1 BGB. indessen ist nicht ausgeschlossen, daß auch nach der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung das Verhältnis der bisherigen Ehegatten so behandelt wird, als sei die Ehe geschieden; der Rechts- und Pflichtenkreis der Ehegatten kann also in gewissem Umfange, namentlich in Ansehung der Unterhaltspflicht, aufrecht erhalten bleiben, und bei bloßer Scheidung der Ehe bleibt, darüber herrscht kein Streit, der Ausschließungsgrund bestehen.

§ 7. I. 1. Josef, ZBlFG. **6** 848, BuschsZ. **35** 553. Verfügungen des sachlich unzuständigen Gerichts sind schlechthin wirkungslos. Insoweit steht auch anderen Gerichten die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit zu.

2. *Wellstein § 7 Anm. 5. Die von einem örtlich unzuständigen Gericht oder von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter vorgenommenen gerichtlichen Handlungen sind zwar nicht nichtig, aber mit Beschwerde anfechtbar. Unanfechtbar aber wird die Verfügung, sobald mit ihr eine Angelegenheit erledigt ist. Die Folge ist, daß ein aus einer größeren oder geringeren Anzahl von gerichtlichen, im einzelnen anfechtbaren, aber nicht angefochtenen, Verfügungen sich zusammensetzendes Verfahren, z. B. ein vormundschaftsgerichtliches, nachdem es vollständig durchgeführt ist, so vollständig wirksam ist, als hätten die Mängel nicht bestanden. So kann es u. U. in streitigen Angelegenheiten zu einem vollwirksamen Verfahren kommen, wie wenn, was selbstverständlich nicht der Fall, ein vereinbarter Gerichtsstand im Sinne der §§ 38—40 ZPO. auch im FGG. zugelassen sei.

3. Josef, ZBlFG. **7** 504, DNotV. **06** 115. Auch in Vormundschaftssachen ist auf Beschwerde gegen die Handlungen des örtlich unzuständigen Gerichts die angefochtene Verfügung ohne Prüfung, ob sie sachlich begründet, aufzuheben, nicht lediglich weiteren Handlungen des unzuständigen Gerichts vorzubeugen (Gegen KG. IDR. **4** § 7 IIb.). Voraussetzung des Erfolgs der Beschwerde ist aber auch hier, daß ein Recht des Beschwerdeführers (auf Erlaß der Entscheidung durch das zuständige Gericht) beeinträchtigt ist.

4. Josef, R. **06** 998. Aus der Zweckbestimmung des Musterregisters, dem Fabrikanten, der ein fremdes Muster oder Modell nachbilden will, die Möglichkeit zu gewähren, sich die Überzeugung davon zu verschaffen, ob das Muster überhaupt gegen Nachbildung geschützt sei und an wen er sich zu wenden habe, um die Genehmigung zur Nachbildung zu erlangen, ergibt sich, daß § 7 FGG. auf Eintragungen in das Musterregister nicht anwendbar ist, sondern daß die Eintragungen ausschließlich von dem örtlich zuständigen Gericht vorzunehmen, die des unzuständigen Gerichts aber wirkungslos sind.

II. **a**) KGJ. **31** A 206 (KG.). Die Vorschrift, daß gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind, ist nur auf eine örtliche Zuständigkeit zu beziehen, welche in dem FGG. selbst geregelt ist, nicht aber auf diejenige, welche durch andere Gesetze, insbes. die materielle Gesetzgebung, geordnet ist. Die örtliche Zu-

ständigkeit des Registergerichts, die sich nach den Bestimmungen des HGB., GmbHG., PrivVUntG. richtet, ist deshalb eine ausschließliche. Die Unzuständigkeit ist in der höheren Instanz auch ohne besondere Rüge von Amts wegen zu berücksichtigen. **b**) R. **06** 252, ZBlFG. **6** 766 (KG.). Der Grundsatz, daß wegen örtlicher Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts eine Beschwerde gegen das gesamte Verfahren mit dem Ziele der Aufhebung desselben unzulässig ist (vgl. IDR. **4** § 7 IIb), gilt auch für vorläufige Vormundschaften.

§ 8. OLG. **10** 322 (Marienwerder). Da im Verfahren der FG. die Aufnahme eines Protokolls nicht wesentlich ist, vielmehr durch den bloßen Aktenvermerk ersetzt werden kann, ist der die Sitzungspolizei betreffende Beschluß nicht deshalb aufzuheben, weil die über die Verhandlung aufgenommene Niederschrift jenen Beschluß nicht erwähnt. — OLG. **12** 191 (Colmar). Die Auferlegung einer Ordnungsstrafe während einer vormundschaftlichen Verhandlung setzt voraus, daß der die Ungebühr Begehende sich der Fortdauer der Verhandlung bewußt gewesen ist.

§ 10. Schmitz, R. **05** 245. Aus § 10 in Verbindung damit, daß eine Aussetzung der Entscheidung nur in den Fällen der §§ 127, 159 FGG. zulässig ist, folgt, daß ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung eine Entscheidung nicht ausgesetzt werden darf. — AM. Schultzky, R. **05** 338. Die dem Richter im § 12 auferlegte Ermittelungspflicht kann auch die Verpflichtung für den Richter begründen, das Verfahren erst nach Ablauf einer Frist fortzusetzen. Vgl. IDR. **4** § 12 Ziff. 4, ebenso Josef, Komm. § 12 V.

§ 12. Literatur: Josef, Die selbsttätige Beweisschaffungspflicht der Beteiligten in der FG., ZBlFG. **7** 476 ff.

I. Echtes Streitverfahren. 1. Stellung der Frau. Josef, Komm. 365, DNotV. **06** 59. Im sog. „echten Streitverfahren" hat, da die Verwaltung der zum Eingebrachten oder Gesamtgut gehörigen Ansprüche dem Manne zusteht, die Geltendmachung von Ansprüchen der Frau durch den Mann zu erfolgen, und es ist ein solches Verfahren gegen den Mann zu richten, so wenn die Frau Pfandgläubigerin oder Pfandschuldnerin oder stille Gesellschafterin ist und Anordnungen aus §§ 1246 BGB., 338 Abs. 2 HGB., §§ 145, 166 FGG. getroffen werden sollen.

2. Tod. Konkurs. — Josef, DJZ. **05** 1094, Komm. § 12 Zus. C Anm. 6. Der Einfluß des Todes, Konkurses oder ähnlicher Umstände ist mangels besonderer Vorschriften nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Im echten Streitverfahren wird das Verfahren durch den Tod des Belangten unterbrochen, bis der Antragsteller es fortzusetzen erklärt, den Erben bezeichnet und erforderlichenfalls Nachweise für die Erbenqualität beibringt. Stirbt der Antragsteller, so ist das Verfahren erledigt, kann aber vom Erben bei Nachweis seiner Erbeneigenschaft fortgesetzt werden. — Der Konkurs einer Partei unterbricht (wie nach § 240 ZPO.) das Streitverfahren (§ 6 KO.). Ist eine Partei durch einen Bevollmächtigten vertreten, so hat ihr Tod oder Verlust der Geschäftsfähigkeit die Unterbrechung des Verfahrens nicht zur Folge. Doch kann die Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen angemessen sein.

II. Umfang der Ermittelungspflicht. 1. Allgemeines. **a**) *Wellstein § 12 Anm. 2 c γ. Unter die Mittel, deren sich das Gericht bedienen kann, um die ihm obliegenden Ermittelungen zu veranstalten, fällt auch, da § 12 kein Beweismittel ausschließt, der richterlich auferlegte, nicht aber der zugeschobene Eid, weil das Verfahren der FG. von dem Offizialprinzip beherrscht wird. — AM. Josef, Komm. § 15 Anm. 6. Auch die Auferlegung des richterlichen Eides ist unzulässig. **b**) KGJ. **32** A 12 (KG.). Unter Ermittelungen i. S. des § 12 ist im Gegensatze zur förmlichen Beweisaufnahme, welche § 12 noch erwähnt, eine

an keine Form gebundene Benutzung der Erkenntnisquellen zu verstehen, aus denen die Wahrheit geschöpft werden soll. Das Gericht ist bei seinen Ermittelungen in Ermangelung jeglicher einschränkender Bestimmungen, sowohl was die Beschaffenheit der von ihm zu benutzenden Erkenntnismittel als auch die Art ihrer Benutzung anbetrifft, vollkommen freigestellt. Bei aller Freiheit des Gerichts ist aber im Auge zu behalten, daß das Gericht die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten hat. Es kann sich dabei der Hilfe anderer Behörden und Beamten bedienen. Privatpersonen und Auskunftsstellen ohne amtlichen Charakter sind diesen jedoch für die Anstellung von Ermittelungen rechtlich nicht gleichzustellen. Ein Ersuchen des Gerichts an Private um selbständige Erforschung des Sachverhalts ist deshalb keine Ermittelung i. S. des § 12; die daraufhin erteilten Privatauskünfte bilden keine zulässige Grundlage für tatsächliche Feststellungen des Gerichts. **c)** R. **06** 1442 (Dresden). Das Gericht ist an Beweisanträge nicht gebunden. Die Übergehung eines solchen verletzt nicht das Gesetz und begründet nicht die weitere Beschwerde. **d)** R. **05** 256 (KG.). Ob die Beteiligten zu einer Beweisaufnahme zuzuziehen sind, über deren Ergebnis gehört und persönlich vernommen werden, unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts, das allein berufen ist, den Stoff zu sammeln, den Gang und Umfang der Ermittelungen und der Beweisaufnahme zu bestimmen. AM. Josef, DNotV. **06** 118, soweit die Bekanntmachung der Beweistermine an die Beteiligten in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. **e)** RJA. **7** 3, KGJ. **31** A 3, ZBlFG. **6** 563 (KG.), auch ZBlFG. **7** 62. Das Beschwerdegericht ist auf dem Gebiete der FG. nicht unbedingt an die Anträge des Beschwerdeführers gebunden, sondern kann unter Umständen über dieselben hinausgehen. Sogar eine Entscheidung, welche den Beschwerdeführer ungünstiger stellt, ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. **f)** R. **06** 1442 (BayObLG.). Das Beschwerdegericht darf die durch Zuziehung eines anderen Anwalts entstandenen Mehrkosten nicht absetzen, ohne den obsiegenden Teil vorher darüber zu hören, ob Umstände vorliegen, mit denen er die Zuziehung des auswärtigen Anwalts rechtfertigen zu können glaubt.

2. Vormundschaftssachen. **a)** **RG. 63** 275, s. o. § 1635 BGB. Ziff. 3 cβ. **b)** KGJ. **32** A 23 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts seine Zuständigkeit einschränken oder die Anwendung ausländischen Rechtes gebieten. **c)** Josef, ABürgR. **29** 73 ff. Bei Anordnung einer Pflegschaft zur Vertretung des Pfleglings in Rechtsstreitigkeiten hat das Vormundschaftsgericht nicht die Begründetheit des zu verfolgenden Anspruchs, sondern gemäß §§ 1909, 1913 BGB. nur die Vertretungsbedürftigkeit des Pfleglings zu prüfen; doch ist der Antrag auf Anordnung der Pflegschaft abzulehnen, wenn offensichtlich, d. h. ohne Sachuntersuchung auf Grund der bloßen Angabe des Antragstellers, der zu verfolgende Anspruch nicht besteht. Ebenso R. **05** 618 (Colmar). **d)** BreslauAK. **06** 25 (KG.). Der Antrag auf Bestellung eines Abwesenheitspflegers kann nicht zurückgewiesen werden, weil der Antragsteller keine umfangreicheren Ermittelungen vorgenommen, sondern nur eine Bescheinigung des zuständigen Gemeindevorstehers beigebracht hat und versichert, daß ihm der Aufenthalt nicht bekannt sei. **e)** KGJ. **32** A 41 (KG.). Das Ermittelungsrecht des Vormundschaftsgerichts umfaßt die Befugnis, einen Beteiligten auf das Gericht zu laden. Es besteht nur insoweit, als die Feststellung von Tatsachen zur Vorbereitung einer Entscheidung erforderlich ist. Nur innerhalb dieser Grenze kann das Erscheinen des Geladenen durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Die Ordnungsstrafe ist nur zulässig, wenn das Nichterscheinen schuldhaft ist (vgl. Wellstein, Komm. § 33 Anm. 2 Abs. 2).

3. Handelssachen. **a)** RheinNotZ. **06** 4 (anonym). Vor Eintragung

einer GmbH. hat der Registerrichter materiell nur zu prüfen, ob das Stammkapital in der gesetzlichen Mindesthöhe vorhanden ist, nicht aber die Rechtsgültigkeit und den Wert der Sacheinlagen. **b**) RJA. 6 185, ZBlFG. 6 705 (KG.). Dem Registergerichte steht auch für Registervermerke nur beurkundender Bedeutung eine gewisse Prüfungspflicht in bezug auf die Richtigkeit der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen zu. Es hat nicht nur die Eintragung angemeldeter Tatsachen, deren Unwahrheit gerichtskundig ist, oder nicht bestehender Rechtsverhältnisse in das Handelsregister abzulehnen, sondern hat auch, wenn sich erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen ergeben, diese nicht ohne weiteres unberücksichtigt zu lassen. Dagegen ist das Registergericht nicht befugt, angemeldete Tatsachen ohne besondere Veranlassung oder auf bloße Vermutung hin zu beanstanden und von den Anmeldenden den Nachweis der Richtigkeit zu verlangen. **c**) KGJ. 32 A 163, PosMschr. **06** 100 (KG.). Das Registergericht hat vor der Eintragung der einer Genossenschaft beitretenden Personen keine Ermittelungen darüber anzustellen, ob ihre Namensunterschriften unter den Beitrittserklärungen nach Form und Schreibweise mit ihren gesetzlichen Namen übereinstimmen.

III. Ausnahmen. **a**) Josef, ZBlFG. **6** 546. Das Gericht kann eine von ihm zu erlassende Verfügung nicht deshalb ablehnen, weil sie von einem streitigen Rechtsverhältnis abhängt, sondern muß regelmäßig über das streitige Rechtsverhältnis selbst entscheiden. So z. B. die unter den Beteiligten streitige Frage, wer von ihnen der berufene Vormund ist oder (bei Streitigkeiten unter Gesellschaftern) ob ein Gesellschaftsvertrag geschlossen ist. Dagegen ist im Verfahren, betr. die Feststellung des Erbrechts des Fiskus, das Nachlaßgericht nicht verpflichtet, über das Bestehen eines von dritter Seite beanspruchten Erbrechts von Amts wegen Ermittelungen anzustellen, da der Erbprätendent nach § 1965 BGB. sein Erbrecht dem Nachlaßgerichte nachzuweisen hat. **b**) Josef, ZBlFG. **7** 476. Eine Ermittelung von Amts wegen findet nicht statt in allen Fällen des reinen Antragsverfahrens, wenn der Erlaß einer ohne Anhörung des Gegenbeteiligten zu treffenden Entscheidung begehrt wird; die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit sind in diesen Fällen vom Antragsteller (nach Art einer Glaubhaftmachung, z. B. durch Vorlegung von Bescheinigungen) selbsttätig nachzuweisen. Ausdruck dieses allgemeinen Grundsatzes sind die §§ 87 Abs. 2, 107, 154 FGG., 1994 Abs. 2, 2356 BGB., 29 GBO., 12 HGB., wonach beim Antrag auf Auseinandersetzung und auf Verhandlung über die Dispache die Beschaffung von Unterlagen verlangt werden kann, beim Antrag auf Erbscheinserteilung und auf Eintragung in öffentliche Bücher die Unterlagen beizubringen sind, beim Antrag auf Inventarfristbestimmung die Forderung glaubhaft zu machen ist. — Mangels Beibringung der Nachweise ist aber der Antrag nicht abzuweisen, sondern der Antragsteller zur Nachbringung zu veranlassen.

§ 13. 1. Parteifähigkeit. Nußbaum, BuschsZ. **34** 161. Nicht rechtsfähige Vereine sind, da sie materielle Rechte nicht haben können, zu Akten der FG. nicht zuzulassen, insbes. ist ein Ordnungsstrafverfahren gegen sie nicht möglich. Ausgenommen sind Akte, die zur Durchführung der prozessualen passiven Parteifähigkeit des Vereins dienen, z. B. wenn der Verein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bei Gericht Geld hinterlegen will. — Dazu Josef, Komm. 363. Der Antrag eines solchen Vereins auf Eintragung von Rechten in öffentliche Bücher oder auf Erbesauseinandersetzung ist abzulehnen, da der Verein nicht Erbe sein kann. Dagegen steht dem Verein das Beschwerderecht aus § 57 Ziff. 9 zu, da es sich nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt. U. U. kann der Antrag des Vereinsvorstandes als Antrag sämtlicher Mitglieder, vertreten durch den Vorstand als Beauftragten, angesehen werden.

2. Vollmacht. **a)** *Wellstein § 13 Anm. 3 f. Die in den §§ 71, 100, 124, 129, 147, 159, 161 vorgesehene vermutete Vollmacht des Notars bezieht sich nur auf den Antrag, ist mit einer formellen, für die ganze Sache ausdrücklich erteilten Vollmacht, welche nach allgemeinen Grundsätzen auch die Befugnis zur Beschwerdeerhebung und Vertretung in den Rechtsmittelinstanzen mitumfaßt, nicht auf eine Stufe zu stellen und enthält somit ohne weiteres keine Ermächtigung, Beschwerde und weitere Beschwerde zu erheben. Die Vorschriften über die vermutete Vollmacht sind Ausnahmevorschriften und daher eng auszulegen. AM. Josef § 71 Anm. 4, § 161 Anm. 6. **b)** Josef, Komm. § 13 Zus. II 50. Die Bestellung eines Minderjährigen als Vertreter ist nicht grundsätzlich unzulässig. Das Gericht hat aber festzustellen, daß der gesetzliche Vertreter der Übernahme der Vertretung zugestimmt hat. Ohne diese Zustimmung ist eine gültige Bevollmächtigung nicht vorhanden. Oft kann die Bestellung eines Minderjährigen als Vertreter eine Ungebühr enthalten und deshalb die Zurückweisung des Vertreters rechtfertigen. Der Vormund kann dem Mündel keine Vertretungsvollmacht erteilen (unter Aufgabe der früheren, Lehrb. 79 u. ZBlFG. **1** 849 vertretenen Ansicht). **c)** OLG. **12** 410 (KG.). Die Vollmachtserteilung zur Stellung von Anträgen oder Einlegung von Beschwerden kann, von Spezialvorschriften abgesehen, auch durch formlose Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten erfolgen.

§ 14. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 85. Im Grundbuchverfahren erster Instanz gilt das Armenrecht gleichfalls nach PrFGG. Art. 1; für das Grundbuchbeschwerdeverfahren fehlt es dagegen an einer gesetzlichen Grundlage für die Armenrechtsbewilligung. Die Lücke läßt sich bei der positiven Natur der Vorschriften auch durch Analogie nicht ausfüllen. — Einen Notbehelf gewährt hier eine Bestimmung des Landeskostenrechts, die auf den anderen Gebieten der FG. noch neben der förmlichen Armenrechtsbewilligung Anwendung finden kann. Ein dem § 118 ZPO. entsprechendes Zeugnis über die Dürftigkeit des Kostenschuldners „soll in der Regel ausreichen, um die völlige oder teilweise Niederschlagung oder die Stundung des Kostenbetrags wegen Armut zu begründen". Es handelt sich aber hier um eine bloße Verwaltungsmaßnahme der Kassenbehörde, auf die das Gericht keinen Einfluß hat und die auch erst nach der Beendigung des Verfahrens oder dem Fälligwerden der Kosten in Frage kommen kann. Der Kostenschuldner bleibt jederzeit den Beitreibungsversuchen der Kasse ausgesetzt, hat auch auf deren Verlangen den Offenbarungseid zu leisten (PrGKG. § 17).

§ 15. 1. Benachrichtigung von Beweisterminen. **a)** Josef, Komm. § 15 Anm. 4c. Die Beteiligten sind berechtigt, den Zeugen Fragen vorzulegen. Deshalb müssen ihnen die Beweistermine vom Gerichte bekannt gemacht werden (aM. KG., R. **05** 256.). **b)** **RG. 63** 275, RJA. **7** 76, ZBl. FG. **7** 29. Die Vorschriften der ZPO. sind nur insoweit anwendbar, als nicht die besondere Natur der FG. entgegensteht. Das Recht, Fragen an den Zeugen zu stellen, ist in der ZPO. ein Ausfluß des Parteibetriebs und der Verhandlungsmaxime; in dem Offizialverfahren vor dem Vormundschaftsgericht aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. dagegen brauchen die beteiligten Eltern nicht notwendig vom Beweistermine benachrichtigt zu werden; vielmehr untersteht dies ausschließlich dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormundschaftsrichters. Zur Kenntnisnahme des Ermittelungsergebnisses steht den Beteiligten die Akteneinsicht offen (vgl. o. § 1635 BGB. Ziff. 3cβ.). Ebenso BayObLG. **7** 113 (BayObLG.).

2. Zeugen. Sachverständige. **a)** HessRspr. **6** 162 (Darmstadt). Die Zeugnis- und Begutachtungspflicht besteht nur für Zeugen und Sachverständige im prozessualen Sinne, nicht für Auskunftspersonen, z. B. Sparkassendirektoren,

die sich nur vermöge der Kenntnis von Verhältnissen, denen sie nahe stehen, äußern sollen. **b)** OLG. **10** 321 (Posen). Der Sachverständige kann gemäß § 406 ZPO. nur aus denselben Gründen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen. Welche Gründe dies sind, entscheidet sich nicht nach §§ 41, 42 ZPO., sondern nach § 6 FGG. Wenn auch eine Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit nicht schlechthin unzulässig ist, so können als Ablehnungsgründe doch nur Umstände verwertet werden, die im § 6 als Ausschließungsgründe des Richters aufgeführt sind. AM. Josef, DNotV. **06** 119; vgl. JDR. **4** § 6 Abs. 2.

3. Urkunden. Josef, Komm. 365, R. **06** 42 (gegen Marcus, R. **05** 613; vgl. JDR. **4** § 15 Ziff. 2). Die nach § 12 FGG. dem Gericht obliegenden Ermittelungen können auch dadurch erfolgen, daß das Gericht die im Besitze der Beteiligten oder Dritten befindlichen Urkunden einsieht; das Gericht kann deren Vorlegung anordnen, und zwar unabhängig von den Anträgen Beteiligter. Dagegen folgt aus dem Ermittelungsrechte des § 12 nicht die Pflicht der Beteiligten oder gar Dritter, jede verlangte Auskunft zu erteilen, also auch Urkunden vorzulegen; eine solche Verpflichtung hätte, wie im Strafprozesse, durch besondere Vorschrift festgesetzt werden müssen. Das Gericht kann deshalb die Vorlegung nicht erzwingen. Wird die Anordnung der Vorlegung nicht befolgt, so entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, ob sich hieraus der Schluß auf die Richtigkeit der Tatsache rechtfertigt.

4. Eid. **a)** Josef, Komm. 365. Eideszuschiebung oder richterlicher Eid sind als Beweismittel im Verfahren der FG. nicht zulässig. **b)** Glatzer, GruchotsBeitr. **49** 568. Da das Gericht unabhängig von Parteianträgen selbständig handelt, gibt es im Verfahren der FG. keine Beweislastregel, keinen Parteieid.

§ 16. 1. Bekanntmachung. **a)** Josef, Komm. § 16 Anm. 4a. Soweit eine Wirksamkeit einer Verfügung nicht in Frage kommt und den Anträgen des Antragstellers stattgegeben wird, ist eine Bekanntmachung an diesen nicht erforderlich. Dagegen muß eine den Antrag ablehnende Verfügung dem Antragsteller und eine der sofortigen Beschwerde unterliegende Verfügung sämtlichen Beschwerdeberechtigten bekannt gemacht werden, deren Kreis, soweit möglich, zu diesem Zwecke festzustellen ist. **b)** Josef, HoldheimsMSchr. **06** 40. Da die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Veräußerung eines Handelsgeschäfts erst durch die Bekanntmachung an den gesetzlichen Vertreter wirksam wird, hat das Registergericht, wenn es von dem die Veräußerung beurkundenden Vormundschaftsgericht um Eintragung des Firmenüberganges ersucht wird, zu prüfen, ob diese Bekanntmachung erfolgt ist. Eine Registereintragung ohne diese Prüfung ist ohne rechtlichen Grund erfolgt. Doch kann das Vormundschaftsgericht die versäumte Bekanntmachung mit rückwirkender Kraft nachholen.

2. An den Bevollmächtigten? *Wellstein § 16 Anm. 3 aα. Wenn mit der Bekanntmachung der Verfügung der Lauf einer Frist beginnt, ist eine Zustellung nach § 176 ZPO. nur dann wirksam, wenn sie an den Bevollmächtigten, unwirksam aber, wenn sie nur an den beteiligten Vollmachtgeber erfolgt. — AM. Josef, Komm. § 16 Anm. 8, weil a) der Begriff „Prozeßvollmacht" i. S. des § 176 ZPO. in der FG. fehlt; b) die Beteiligten nicht berechtigt sind, dem Gerichte bindende Anweisungen über die Person des Zustell.-Empfängers zu erteilen; c) das Gericht die Verhandlung mit dem Bevollmächtigten ablehnen und dadurch das Recht des Beteiligten, sich vertreten zu lassen, vereiteln kann.

§ 18. 1. Abänderbarkeit der Verfügung. **a)** *Unger, Die Abänderbarkeit der Verfügung, BuschsZ. **36** 1—34. Hieraus bemerkenswert: Der

Unterschied von der sog. Abänderung wegen veränderter Umstände (1); die Abänderung ist, wenn gerechtfertigt, dann auch Pflicht des Gerichts (6); wo Beschwerde aus einem Grunde, der jede Art der Abänderung trifft, gesetzlich ausgeschlossen ist, da ist auch die erstinstanzliche Abänderung ausgeschlossen (7); so in den Fällen des § 76 Abs. 1, des § 84, des § 146 Abs. 3, des § 148 Abs. 2, des § 164 Abs. 2 FGG. (14, 12, 11); Abänderung des hinausgegebenen Erbscheins nur in der Form der Einziehung oder Kraftloserklärung zulässig (25); die Abänderung wirkt nach der Natur der Sache nur ex nunc (26). **b)** *Siméon II 105. Landesrechtliche Vorschriften über die richterliche Änderungsbefugnis sind in Preußen nicht ergangen. Die Begr. zum PrFGG. erklärt aber die entsprechende Anwendung des § 18 FGG. auch auf die landesrechtlichen Angelegenheiten für unbedenklich. Natürlich werden die reichsrechtlichen Beschränkungen der Änderungsbefugnis auf die ihnen verwandten landesrechtlichen Fälle (Genehmigung des Grunderwerbes einer Stiftung, Ergänzung der Zustimmung zum Verzicht auf das Anerbenrecht) ebenfalls entsprechend zu erstrecken sein.

2. Rechtskraft. **a)** Kleinfeller, KrVSchr. **45** 424. Materielle Rechtskraft ist der FG. fremd. Auch wenn das Gericht zu einer Änderung der Entscheidung nicht befugt ist, kann es dennoch eine neue Entscheidung erlassen, wenn die Umstände sich derart ändern, daß ein neues Recht zur Antragstellung begründet wird. Es handelt sich dann aber nicht mehr um dasselbe Rechtsverhältnis, sondern um zwei verschiedene, deren jedes durch die es betreffende Verfügung unabhängig von der anderen geregelt wird. **b)** *Siméon II 103. Die materielle Rechtskraft ist auch denjenigen Arten gerichtlicher Verfügungen nicht abzusprechen, welche der formellen Rechtskraft nicht fähig sind; also denjenigen, welche mit der fristlosen Beschwerde angegriffen werden können und deshalb auch regelmäßig der Änderungsbefugnis des Richters unterliegen. Auch diese Entscheidungen stellen sich als das endgültige Ergebnis des Verfahrens dar und erwachsen tatsächlich in Rechtskraft, wenn von dem Anfechtungsrecht oder der Änderungsbefugnis binnen so langer Zeit kein Gebrauch gemacht wird, daß eine Anfechtung oder Änderung nicht mehr zu befürchten steht. **c)** RJA. **7** 89, KGJ. **32** A 76, ZBlFG. **7** 124 (KG.). Der für die streitige Gerichtsbarkeit geltende Satz, daß ein rechtskräftig zuerkannter Anspruch nicht mehr bestritten werden kann, daß seine rechtskräftige Zuerkennung ihn sowohl für die Parteien, wie auch, soweit es sich um sein Dasein unter den Parteien handelt, für jeden Dritten unangreifbar feststellt, ist in der FG. nicht anwendbar, doch ist eine einheitliche Beantwortung dieser Frage für das ganze Gebiet der FG. nicht möglich. **d)** RJA. **6** 167, KGJ. **31** A 352, ZBlFG. **6** 693 (Hamburg). Die in einer Angelegenheit der FG. auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung kann von dem Gerichte, das sie erlassen hat, auch dann nicht geändert werden, wenn das Gericht nachträglich die Entscheidung als ungerechtfertigt erachtet. **e)** OLG. **12** 298 (KG.). Bei einer Änderung der Rechtslage infolge reichsgerichtlicher Entscheidung kann über denselben Antrag von demselben OLG. erneut in anderem Sinne entschieden werden. Formelle Rechtskraft besteht nicht.

§ 19. Literatur: S. die oben zum FGG. bemerkte Abhandlung von Unger, BuschsZ. **36** 1 ff. — Josef, Einige Streitfragen aus dem Beschwerderecht, ZBlFG. **6** 820 ff., 844 ff.

I. Verfügungen des Gerichts. A. Allgemeines. 1. *Unger, BuschsZ. **36** 71. Beschwerde ist nicht gegen Äußerungen von Rechtsansichten und nicht gegen Entscheidungsgründe, sondern nur gegen Willensentschließungen zulässig. — R. **06** 1085 (KG.). Verfügung i. S. des § 19 ist eine sachliche Entscheidung, durch die für einen bestimmten Fall eine gerichtliche

Anordnung getroffen ist. Gegen die bloße Äußerung einer Rechtsansicht, auch wenn sie sich als „Verfügung" bezeichnet, findet Beschwerde deshalb nicht statt.

2. *Unger, BuschsZ. 36 82 ff. Gegen verfahrenleitende erstinstanzliche Verfügungen ist schon vor der Endverfügung Beschwerde zulässig, gegen verfahrenleitende Verfügungen des Beschwerdegerichts in der Regel nicht. — OLG. 12 196 (KG.). Anordnungen, die nur die im Verfahren erforderliche, endgültige Entscheidung vorbereiten sollen, so die Anordnung, daß über erhebliche Umstände ein Sachverständiger gehört werden soll, sind als solche unanfechtbar.

3. *Unger, BuschsZ. 36 73. Unzulässig ist die Beschwerde gegen bloße Unterlassungen, sofern nicht die Entschließung zu solchen besonders kundgegeben ist.

4. *Unger, BuschsZ. 36 74. Gegen Verfügungen, die nur mündlich bekannt gegeben sind, ist Beschwerde zulässig.

5. *Unger, BuschsZ. 36 87 f. Auch gegen nichtige Verfügungen ist Beschwerde zulässig.

6. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 257. Die Frage, ob und wie die landgerichtliche Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch oder eine Zeugnisweigerungserklärung, mit denen das Amtsgericht noch nicht befaßt worden war, durch Rechtsmittel angefochten werden könne, ist nach dem Wortlaute des FGG. überhaupt nicht zu lösen. In der Literatur wird deshalb sogar von einigen die Unanfechtbarkeit dieser Entscheidungen vertreten. In den beiden genannten Fällen, in denen das FGG. im übrigen auf „die Vorschriften der ZPO." verweist, läßt sich freilich aus dieser Verweisung der Schluß rechtfertigen, daß ein Rechtsmittel an das Obergericht zulässig sein müsse; ob dieses Rechtsmittel aber als „Beschwerde" oder als „weitere Beschwerde" aufzufassen sei, ist damit noch nicht entschieden. Das praktische Bedürfnis würde dafür sprechen, die „Beschwerde" zuzulassen, da es sich hier fast stets um die Würdigung tatsächlichen Vorbringens handeln wird.

7. *Unger, BuschsZ. 36 70. Gegen selbständige Entschließungen des Gerichtsschreibers ist nicht unmittelbar Beschwerde an das höhere Gericht, sondern nur Anrufung des Gerichts zulässig, bei dem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

B. Vormundschaftssachen. 1. *Unger, BuschsZ. 36 68 ff. Durch Beendigung einer Vormundschaft werden Beschwerden gegen die sie betreffenden Verfügungen, sofern diese Verfügungen nicht materiell durch die Beendigung ihre rechtliche Bedeutung verloren haben, nicht unzulässig.

2. BayObLG. 7 97, R. 06 386 (BayObLG.). Ein Streit zwischen dem Vormunde und einem Dritten über den Ersatz von diesem für den Mündel gemachter Auslagen ist nicht im Beschwerdeverfahren, sondern im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen.

C. Naßlaßsachen. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 222. Nicht zulässig ist die Beschwerde gegen die Verfügung, durch welche ein Erbschein erteilt wird. Dies ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber schon aus dem öffentlichen Glauben, welchen das BGB. dem erteilten Erbscheine beilegt. Gegen die Zulassung der Beschwerde spricht die gleiche Erwägung, welche zur Ausschließung der Beschwerde gegen eine Grundbucheintragung geführt hat. Wer die Unrichtigkeit eines Erbscheins behauptet, kann deshalb nur dessen Einziehung oder Kraftloserklärung bei dem Nachlaßgericht anregen und einen diese Amtstätigkeit ablehnenden Bescheid mit der Beschwerde anfechten (vgl. aber § 20 unter IIIb). Ebensowenig kann gegenüber einer Verfügung, welche die Einziehung anordnet, die Beschwerde noch statthaft sein, wenn die Einziehung schon bewirkt ist; denn mit der Einziehung war der Erbschein bereits kraftlos geworden (aM. Weißler).

2. Behrend, BuschsZ. **34** 423. Auch gegen Erteilung eines inhaltlich richtigen Erbscheins findet Beschwerde statt, wenn zu Unrecht ein Antragsrecht angenommen ist.

3. Altmann, ZBlFG. **6** 558. Gegen Festsetzung einer dem Nachlaßpfleger bewilligten Vergütung findet Beschwerde seitens des Erben, nicht Klage beim Prozeßgericht statt, da die Bewilligung wie die Angemessenheit der Vergütung nur dem Ermessen des Nachlaßgerichts untersteht.

D. Handelssachen. 1. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 261. Unzulässig ist die Beschwerde gegen eine Eintragung in ein öffentliches Register. Das FGG. spricht freilich diesen Satz nicht ausdrücklich aus. Aber dieselben Erwägungen, welche zur Ausschließung der Beschwerde gegen Grundbuch- und Schiffspfandeintragungen geführt haben, insbesondere die Rücksicht auf den öffentlichen Glauben der Eintragung, sprechen auch entscheidend dafür, die Beschwerde gegen eine bereits bewirkte Registereintragung zu versagen. Zustimmend OLG. Frankfurt a. M., BuschsZ. **30** 145 (in einer Prozeßsache), aM. Josef, DJZ. **04** 63. Ersatz für das fehlende Rechtsmittel bildet auch hier das Berichtigungsverfahren, das aber im Gegensatze zum Grundbuchrecht im weiten Umfange von den Anträgen und Zustimmungserklärungen der Parteien unabhängig gestaltet ist. Da die amtliche Löschung einer Eintragung, die „mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig" erscheint, sowohl von dem Amtsgericht, als auch von dem Landgericht in erster Instanz verfügt werden kann und da es den Beteiligten natürlich freisteht, diese Amtstätigkeit bei dem einen oder dem anderen Gericht anzuregen, ist auch ein praktisches Bedürfnis für die förmliche Beschwerde gegen eine vollzogene Eintragung nicht vorhanden.

2. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 329. In Handelsregistersachen steht den Beteiligten nicht nur gegen eine bereits erfolgte Eintragung, sondern auch gegen die bloße Anordnung, daß eine Eintragung im Handelsregister erfolgen solle, die Beschwerde zu. Auch diese Anordnung ist eine Verfügung i. S. des § 19. Daß sie der Sach- und Rechtslage entspreche, ist ein Recht der Beteiligten, dessen Beeinträchtigung zur Beschwerde legitimiert.

II. Entscheidung des Beschwerdegerichts. A. Allgemeines. 1. Josef, ZBlFG. **6** 844. Das Beschwerdegericht ist im Antragsverfahren nicht befugt, eine nur teilweise angefochtene Verfügung in vollem Umfange aufzuheben, selbst wenn die erste Instanz zum Erlaß der Verfügung unzuständig war.

2. Über die Befugnis des Beschwerdegerichts, unter Umständen über die Anträge des Beschwerdeführers hinauszugehen, vgl. § 12.

B. Vormundschaftssachen. BadNotZ. **06** 160 (Karlsruhe). Das Beschwerdegericht, das gegen die Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Erbteilungsvertrages angerufen ist, kann die Versagung der Genehmigung nicht teilweise aufheben, indem es — was nur in den Gründen zulässig — in Wirklichkeit einen neuen Weg angibt, wie nach seiner Ansicht die Sache zu regeln sei; es muß den angefochtenen Beschluß entweder bestätigen oder aufheben oder durch eine positive Anordnung ersetzen.

C. Nachlaßsachen. 1. Josef, DNotV. **06** 422. Wird gegen die vom Gläubiger beantragte Erteilung eines Erbscheins vom Erben Beschwerde eingelegt, weil das Nachlaßgericht zu Unrecht ein Antragsrecht des Gläubigers angenommen hat, z. B. die Forderung bereits getilgt ist, so kann das Beschwerdegericht bei begründeter Beschwerde nicht die Einziehung gemäß § 2361 BGB. anordnen. Denn der Erbschein ist inhaltlich richtig. Vielmehr ist der Antrag auf Erteilung des Erbscheins zurückzuweisen. Das Nachlaßgericht kann aber die Rückgabe des Erbscheins vom Gläubiger erzwingen, da das Inverkehr-

bleiben gesetzwidrig ausgestellter Zeugnisse der öffentlichen Ordnung widerspricht und deshalb nicht zu dulden ist.

2. Josef, DNotV. 06 422. Erhebt der Erbe Beschwerde, weil das Nachlaßgericht bei Erteilung des vom Gläubiger beantragten Erbscheins die Annahme der Erbschaft nicht festgestellt hat, so ist die Beschwerde zurückzuweisen, wenn ersichtlich inzwischen die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, ohne daß der Erbe die Ausschlagung erklärt hat.

§ 20. Literatur: Unger, Die Befugnis zur Beschwerde, BuschsZ. 36 96 ff.

I. Beeinträchtigung des Rechtes. **a**) *Unger, BuschsZ. 36 107 ff. „Recht" bedeutet hier nicht jedes beliebige subjektive Recht, sondern nur das Recht desjenigen, dessen Rechtskreis oder dessen Interesse zu schützen, zu fördern oder zu beschränken der gesetzliche Zweck der betreffenden Tätigkeitsart der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, auf gesetz- und sachgemäße Ausübung dieser Regelungsbefugnis, auf vorschriftsmäßige Besorgung seiner Angelegenheit; „Beeinträchtigung" bedeutet eine ungünstigere Regelung, als Gesetz und Sachlage dies erfordern; „Jeder, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist" heißt hiernach: jeder zur Beteiligung an dem betreffenden Verfahren gesetzlich Berechtigte, der oder dessen Schützling durch Abänderung der Verfügung eine günstigere Lage erhalten kann. **b**) OLG. 12 199 (KG.). Zur Anfechtung genügt nicht, wenn durch die Verfügung nur wirtschaftliche oder selbst rechtliche Beziehungen des Beschwerdeführers beeinflußt werden. So auch RJA. 7 186, ZBlFG. 7 421.

II. Vormundschaftssachen. **a**) Josef, DNotV. 06 123. Der Vormund ist nach seiner Entlassung zur Beschwerde über ein wegen vermeintlicher Pflichtwidrigkeit an ihn erlassenes Gebot nicht mehr befugt (gegen KGJ. 30 A 24, vgl. JDR. 4 Ziff. II 1 a). **b**) R. 06 1204, DJZ. 07 74 (BayObLG.). Die uneheliche Mutter hat kein Beschwerderecht gegen die Verfügung, durch die ihre Bestellung zum Vormunde ihres Kindes abgelehnt wird (vgl. § 57 Ziff. 9). **c**) ZBlFG. 6 766, BayObLG. 7 42, R. 06 189 (BayObLG.). Die uneheliche Mutter hat zwar ein berechtigtes Interesse, daß ein pflichtwidrig handelnder Vormund nicht im Amte bleibe, aber kein Recht auf Entlassung des Vormunds, zu der das Gericht in den Fällen des § 1886 BGB. nur dem Mündel, nicht Dritten gegenüber verpflichtet ist. Gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch die eine auf Entlassung des Vormunds lautende Verfügung aufgehoben ist, steht ihr deshalb die weitere Beschwerde nicht zu. **d**) R. 07 259 (Colmar). Die Anordnung des Beschwerdegerichts, durch welche die Sache an das AG. zur Erhebung weiterer Ermittlungen über die Rechtmäßigkeit des Antrags eines Verwandten auf Entlassung des Vormunds zurückverwiesen wird, verletzt als bloß vorbereitende Maßregel weder ein eigenes Recht des Vormunds noch ein Interesse des Mündels. **e**) OLG. 12 201 (KG.). Gegen Ablehnung der Befreiung von der Vorschrift des § 1313 BGB. ist Beschwerde zulässig. **f**) RJA. 6 255, ZBlFG. 6 794, OLG. 12 203 (KG.) Kein Beschwerderecht des Gerichtsherrn gegen die Auswahl eines nach § 360 MStGO. bestellten Güterpflegers (vgl. § 57 Ziff. 9 u. o. § 1911 BGB. Ziff. 1).

III. Nachlaßsachen. **a**) KGJ. 31 A 124 (KG.). Hat das Nachlaßgericht dem Vorerben einen Erbschein erteilt, in dem die Nacherbfolge nicht richtig angegeben ist, so kann der Vorerbe sogleich mit dem Antrag Beschwerde einlegen, das Nachlaßgericht zur Einziehung des unrichtigen und zur Ausstellung eines anderen Erbscheins anzuweisen. Das Beschwerdegericht hat die Einziehung des unrichtigen Erbscheins auch dann anzuordnen, wenn ein neuer, dem Antrage des Vorerben entsprechender Erbschein nicht erteilt werden kann. **b**) **RG. 61** 273. Hat das LG. in Abänderung eines ablehnenden Beschlusses des Nachlaßgerichts

die Erteilung eines Erbscheins angeordnet, und ist demgemäß der Erbschein von dem Nachlaßgericht erteilt, so kann der wirkliche Erbe nicht nur die Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins bei dem Nachlaßgericht beantragen und die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangen, sondern auch weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LG. einlegen mit dem Antrag, die Einziehung und Kraftloserklärung des Erbscheins anzuordnen (Gegen Darmstadt, ZBlFG. 5 317, vgl. JDR. 4 § 20 II 2). **c**) DNotV. **06** 14 (Colmar). Lehnt das AG. die Eröffnung von eingereichten Testamenten ab, die sich seit mehr als 54 Jahren in amtlicher Verwahrung eines Notars befinden, so ist hiergegen Beschwerde des Notars statthaft, weil dessen öffentlich-rechtlicher Anspruch, sich der von ihm verwahrten Testamente an das Nachlaßgericht zu entledigen, beeinträchtigt ist. **d**) OLG. **12** 199 (KG.). Wenn der Notar das von ihm beurkundete Testament (nach rheinischem Rechte) offen verwahrt, so steht ihm gegen die Anordnung der Ablieferung und sofern er die Erbinteressenten vertritt, auch gegen die Eröffnung des abgelieferten, angeblich gegenstandslos gewordenen Testaments Beschwerde zu. **e**) KGJ. **32** A 105, OLG. **12** 384 (KG.). Dem Nachlaßgericht, dem ein AG. das von ihm eröffnete Testament ohne das Übergabeprotokoll übersendet hat, steht, wenn das AG. dem Verlangen auf Übersendung des Übergabeprotokolls nicht nachkommt, die Beschwerde hiergegen nicht zu, weil es nicht in seinem Rechte verletzt ist. Es besteht kein allgemeiner Rechtssatz, durch welchen den Gerichten selbst ein Recht darauf eingeräumt ist, daß ein zu ihrer Zuständigkeit gehöriger Akt (Verwahrung eines Teiles des Testaments) ihnen nicht entzogen wird; Überschreitungen der Zuständigkeit zu rügen, ist in der Regel Parteisache. **f**) RJA. **7** 29, ZBlFG. **7** 82 (KG.). Hebt das Nachlaßgericht eine für alle Miterben eingeleitete Nachlaßpflegschaft in Ansehung derjenigen Miterben wieder auf, für welche die Voraussetzungen der Pflegschaft weggefallen sind, so steht diesen Miterben gegen die Ablehnung ihres Antrags, die Pflegschaft auch für die übrigen Miterben aufzuheben, Beschwerde aus § 20 nicht zu. **g**) OLG. **12** 199 (KG.). Gegen Anordnung der Nachlaßpflegschaft steht dem Gläubiger, der den Anspruch des Erben gegen den Nachlaßpfleger auf Herausgabe des Nachlasses pfänden und sich hat überweisen lassen, die Beschwerde zu. **h**) BayObLG. 7 337, BayRpflZ. **06** 425 (BayObLG.). Dem Nachlaßgerichte, dessen Verfügung mit Erfolg angefochten ist, steht nicht die Befugnis zu, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde einzulegen. Die Kosten eines solchen Rechtsmittels fallen, wenn es in Ausübung vermeintlicher Amtsbefugnisse eingelegt ist, der Staatskasse zur Last.

IV. Handelssachen. **a**) RJA. **7** 37, KGJ. **31** A 367, ZBlFG. **7** 88 (BayObLG.). Eine nicht sachgemäße Auswahl der für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Genossenschaftsregister bestimmten Blätter beeinträchtigt nicht die Rechte der Genossenschaft; sie ist zu einer Beschwerde gegen die Verfügung des Registergerichts über die Auswahl nicht berechtigt — Josef, R. **07** 40, bekämpft die Gründe dieser Entscheidung und hält die Beschwerde nur aus dem Grunde für unzulässig, weil die Entschließung des Gerichts über die Auswahl der zu Veröffentlichungen bestimmten Blätter nicht behufs Regelung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in einer bestimmten „Sache" oder „Angelegenheit", sondern nur behufs Ermöglichung der Registerführung im allgemeinen erfolge. Ein Recht der Genossenschaft sei aber verletzt, nämlich das Recht auf richtige Besorgung ihrer Angelegenheit, auf gerechte und sachgemäße Gestaltung und Abgrenzung ihres Rechtskreises. **b**) RJA. **7** 194, KGJ. **32** A 117, ZBlFG. 7 427 (KG.). Wenn einem Handwerker bei einer Eintragung in das Handelsregister fälschlicherweise der Meistertitel beigelegt ist, so steht der Handwerkskammer deswegen ausnahmsweise das Beschwerderecht zu, da ihr besonderes

Recht auf Schutz des Meistertitels beeinträchtigt ist. **c**) RJA. **7** 122, KGJ. **32** A 123, ZBlFG. **7** 147 (KG.). Das Aufsichtsamt für Privatversicherung hat kein Beschwerderecht bezüglich der Frage, ob ein Versicherungsunternehmen, insbes. ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, in das Handelsregister einzutragen ist. **d**) OLG. **12** 202 (Karlsruhe). Der Direktor eines genossenschaftlichen Verbandes ist in Angelegenheiten einer zum Verbande gehörigen Genossenschaft zur Beschwerde nicht berechtigt. **e**) OLG. **12** 203 (KG.). Das preuß. Heroldsamt hat Beschwerderecht gegen die Ablehnung seines Antrags auf Löschung unberechtigter Adelsprädikate im Handelsregister. **f**) R. **06** 866 (KG.). In Angelegenheiten der Genossenschaft hat der einzelne Genosse kein Beschwerderecht, insbs. auch nicht zwecks Herbeiführung eines Ordnungsstrafverfahrens zur Erzwingung der Bekanntmachungen gemäß §§ 33, 160 GenG. **g**) RJA. **7** 241 (Hamburg). Gegen die Eintragung von Beschlüssen der Gesellschafter einer GmbH. steht denjenigen Gesellschaftern, welche gegen den Beschluß Widerspruch erhoben haben, die Beschwerde nicht zu. **h**) ElsLothNotZ. **06** 159 (Colmar). Wenn durch eine durch Gerichtsbeschluß zugelassene Versteigerung neuer Waren das Recht der Konkurrenten des Antragstellers beeinträchtigt wird, steht diesen gegen den Beschluß Beschwerde zu.

§ 21. I. 1. Einlegung. Wegen der Ansicht Wellsteins über die vermutete Vollmacht der Notare zur Einlegung der Beschwerde vgl. § 13.

2. Verzicht. Marcus, ZBlFG. 7 198, vgl. § 139.

II. **a**) OLG. **11** 254 (KG.). Legt der Antragsteller für den Fall der Ablehnung des Antrags im voraus Beschwerde ein und gibt das AG. das Gesuch an das Beschwerdegericht ab und hiervon dem Antragsteller Kenntnis und bringt dieser sodann seinen Antrag beim Beschwerdegericht an, so ist dies als Beschwerde aufzufassen. **b**) OLG. **12** 204 (KG.). Begründung der Beschwerde kann unterbleiben, aber auch im Laufe des Verfahrens jederzeit nachgeholt werden. **c**) RJA. **7** 1, KGJ. **31** A 8, ZBlFG. **7** 61 (KG.). Auf dem Gebiete der FG. geht ein Beschwerdeberechtigter der Beschwerde nicht dadurch verlustig, daß er dem Beschwerdegericht gegenüber erklärt, er verzichte auf die Beschwerde. Eine analoge Anwendung des § 514 ZPO. ist bei der verschiedenen Grundlage der beiden prozessualen Verfahrensarten ausgeschlossen (aM. die Kommentatoren Dorner § 21 Anm. 9, Birkenbihl § 21 Anm. 6, Rausnitz § 19 Anm. 8, Fuchs 82 Nr. 6, Josef § 21 Anm 5, Lehrbuch der FG. 218).

§ 22. I. Wiedereinsetzung. *Wellstein § 22 Anm. 4a. Die Frage, ob in dem Falle, daß der Gerichtsschreiber eines für die Einlegung der Beschwerde nicht zuständigen Gerichts die rechtzeitig ihm zu Protokoll erklärte Beschwerdeeinlegung abzusenden verzögert hat, und letztere infolgedessen verspätet bei dem für die Einlegung zuständigen Gericht eingeht, eine unverschuldete Versäumung im Sinne des § 22 Abs. 2 Satz 2 vorliege, wird nunmehr bejaht. Der Gerichtsschreiber, der eine Beschwerde aufnimmt, tut dies nicht als Vertreter des Beschwerdeführers, sondern auf Grund amtlichen Auftrags, in Ausübung eines Amtes, und der Beschwerdeführer, der in der erwähnten Weise seine Beschwerde zu Protokoll gibt, handelt nicht fahrlässig, denn er benutzt einen Weg, den ihm das Gesetz selbst an die Hand gibt.

II. Rechtsprechung. **a**) SächsOLG. **27** 265. Schuldlose Versäumnis liegt auch bei Verschulden des Boten vor, der den Auftrag des Geschäftsherrn, Beschwerde einzulegen, dem Anwalte übermittelt. **b**) HansGZ. **06** Beibl. 252 (Hamburg). Schuldlose Versäumnis kann auch beim Vorliegen eines Rechtsirrtums oder mangelhafter Rechtskenntnisse angenommen werden.

§ 23. Zurückverweisung. I. Josef, ZBlFG. **6** 825. Wenn das Beschwerdegericht im Falle begründeter Beschwerde weitere Ermittelungen für er=

forderlich hält, so ist es seinem Ermessen überlassen, ob es diese Ermittelungen selbst vornehmen oder sich auf die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung beschränken und die Sache zur anderweiten Entscheidung an das AG. zurückverweisen will. § 575 ZPO. findet auch hier entsprechende Anwendung; § 12 FGG. steht nicht entgegen, da er voraussetzt, daß dem Gericht nach anderweiten Vorschriften die Feststellung der Tatsache obliegt, was für die Beschwerdeinstanz nicht der Fall ist. Bei unheilbarer Verletzung von Verfahrensvorschriften der §§ 551 ZPO., 27 FGG. ist das Beschwerdegericht zur Zurückverweisung sogar verpflichtet.

II. **a**) KGJ. **31** A 6, 14, RheinANV. **24** 122 (KG.). Das LG. ist in Angelegenheiten der FG., wenn das AG. aus sachlichen Gründen einen Antrag zurückgewiesen hat, als Beschwerdegericht im Falle der Verwerfung des Grundes des AG. nicht befugt, die Sache zur anderweiten Entscheidung unter Abstandnahme von den bisherigen Bedenken an das AG. zurückzuverweisen; es muß vielmehr eine endgültige sachliche Entscheidung erlassen. Dies gilt insbes. auch dann, wenn es sich um die Entscheidung über die vom AG. abgelehnte Genehmigung eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfenden Rechtsakts handelt. **b**) RJA. 7 18, ZBlFG. 7 74 (KG.). Erachtet das Beschwerdegericht weitere Ermittelungen für erforderlich, so hat es die Ermittelungen selbst anzustellen. Eine Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz zur Feststellung von Tatsachen steht ihm auch dann nicht zu, wenn die erste Instanz seiner Ansicht nach wesentliche Tatsachen außer acht gelassen hat. **c**) R. **06** 1442 (KG.). Wenn das Beschwerdegericht einen die Erteilung eines Erbscheins ablehnenden Beschluß aufhebt und das AG. anweist, von dem bisherigen Bedenken abzusehen und die angebotenen Beweise zu erheben, so verletzt es nicht das Gesetz (vgl. aber zu a u. b).

§ 24. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 271. Nach dem Vorgange der GBO. wird man auch die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit einer Registereintragung, z. B. wenn das amtliche Löschungsverfahren den Gegenstand der Beschwerde bildet, auf Grund einer einstweiligen Anordnung für zulässig erachten müssen.

§ 27. 1. Allgemeines. **a**) BayObLG. **7** 295. Das Gericht der weiteren Beschwerde hat sich weder mit der Nachprüfung der Feststellungen des Beschwerdegerichts zu befassen, noch zu untersuchen, ob der Gebrauch, den die Vorinstanzen von einem ihnen durch das Gesetz eingeräumten Ermessen gemacht haben, sich als zweckmäßig erweist. **b**) ElsLothJZ. **06** 523, ElsLothNotZ. **06** 222 (Colmar). Zur weiteren Beschwerde bedarf es nicht der Angabe der verletzten Rechtsnormen.

2. Gesetzesverletzung. **a**) KGJ. **32** A 23 (KG.). Unterläßt das Vormundschaftsgericht die Prüfung, ob Umstände vorliegen, die nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts seine Zuständigkeit einschränken, oder die Anwendung ausländischen Rechtes gebieten, so enthält dies eine Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung der auf ihr beruhenden Anordnungen erforderlich macht. **b**) R. **06** 1204 (BayObLG). Die weitere Beschwerde kann auf die Behauptung unrichtiger Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft gestützt werden. **c**) ElsLothNotZ. **06** 353 (Colmar). Wenn im Erbscheinsverfahren das Nachlaßgericht zur Feststellung der Identität des Erben die Vorlegung von Urkunden gefordert und das Beschwerdegericht dies gebilligt hat, ist weitere Beschwerde unzulässig.

3. Zurückverweisnng. KGJ. **31** A 7 (KG.). Aus der Befugnis des Gerichts der weiteren Beschwerde, unter Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanz die Sache an diese zurückzuverweisen, läßt sich eine entsprechende Befugnis

des Beschwerdegerichts zur Zurückverweisung an das AG. nicht herleiten, da die Befugnis des Gerichts der weiteren Beschwerde zur Zurückverweisung darauf beruht, daß in der Instanz der weiteren Beschwerde eine Tatsachenfeststellung nicht erfolgen kann. Vgl. zu § 23.

§ 28. *Siméon, Recht und Rechtsgang II 278. In den drei reichsrechtlichen Ausnahmefällen, in denen die weitere Beschwerde nach der ZPO. stattfindet (Vereins- und Genossenschaftsregister), nimmt das KG. gleichfalls seine ausschließliche Zuständigkeit an und hält auch die bedingte Zuständigkeit des RG. nach FGG. § 28 für gegeben, weil es sich immerhin um eine Angelegenheit der FG. handle, obschon sie in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit zu erledigen sei (KGJ. **26** A 3, JMBl. **03** 248). Das Ergebnis ist sehr erwünscht, weil damit wenigstens eine der vielen Rechtsverschiedenheiten fiele, die sich an den unglückseligen Fall der Vereinsregisterbeschwerde knüpfen. Die Begründung ist aber bedenklich, weil § 28 FGG. doch nur die weitere Beschwerde nach dem FGG. behandelt und ebenso der Vorbehalt des § 199 FGG. sich nur auf das Beschwerdeverfahren des FGG. beziehen kann. Busch (Festgabe für Koch 191 ff.) lehnt daher folgerichtig die bedingte Zuständigkeit des Reichsgerichts ab, während er — allerdings mit abweichender Begründung — die Zuständigkeit des KG. ebenfalls bejaht.

§ 29. 1. Josef, ZBlFG. **6** 841. Wenn die Entscheidung des AG. der sofortigen Beschwerde unterliegt, ist auch die Entscheidung des Beschwerdegerichts nur mit dieser anfechtbar, auch wenn sie, wie z. B. die Aufhebung der Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft, vom AG. erlassen, der einfachen Beschwerde unterliegen würde.

2. **a**) R. **06** 61, MecklZ. **24** 229 (Rostock). Die weitere Beschwerde kann wirksam dadurch eingelegt werden, daß das sie enthaltende Protokoll in Gegenwart des Amtsrichters vom Gerichtsschreiber aufgenommen wird. Der Zweck der Vorschrift, eine Gewähr dafür zu bieten, daß das Rechtsmittel in sachgemäßer Weise unter Ausscheidung aller überflüssigen Ausführungen begründet werde, wird durch diese Form nicht vereitelt, sondern gefördert. **b**) RJA. **7** 159, ZBlFG. **7** 401 (KG.). Die weitere Beschwerde ist bei demjenigen OLG. einzulegen, welchem durch Landesgesetz gemäß § 199 FGG. die Entscheidung über dieses Rechtsmittel zugewiesen ist. **c**) Zu der JDR. **4** § 29 Ziff. 2 zit. Entsch. vgl. DNotV. **06** 14.

§ 30. 1. *Unger, BuschsZ. **36** 49 ff. Unter der „Zivilkammer", dem „Zivilsenat" sind die nach §§ 62 ff. GVG. gebildeten Zivilkammern usw., auch die Ferienkammern usw., zu verstehen. — Unter „Handelssachen" sind hier nicht nur die im 7. Abschnitte behandelten, sondern auch alle sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu begreifen, die sich mit Regelung und Förderung des Handelswesens beschäftigen (50) f.. — Die Kammern für Handelssachen sind im Verhältnisse zu den Zivilkammern als besondere Gerichte mit besonderer sachlicher Zuständigkeit anzusehen (52).

2. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 326. Nur die in Abschn. 7 des FGG. behandelten Angelegenheiten sind Handelssachen i. S. des § 30. Darunter fallen nicht Frachtfeststellungsstreitigkeiten (§ 438 Abs. 3 HGB.) und Schiffspfandrechte. Über Beschwerden in diesen Angelegenheiten entscheidet die Zivilkammer, ebenso über Beschwerden in See- und Binnenschiffs-, Börsen- und Musterschutzregistersachen, da auch diese Angelegenheiten in Abschn. 7 nicht aufgeführt sind. Dagegen entscheiden über Beschwerden in Angelegenheiten der GmbH. und der Privatversicherungsvereine die Kammern für Handelssachen, da diese Gesellschaften und Vereine zum Handelsregister anzumelden sind und das Gericht insoweit die ihm obliegenden Verrichtungen als Handelsregistergericht vornimmt. — In Kostensachen entscheidet die Landesgesetzgebung, ob zur Entscheidung über Beschwerden

in Handelssachen die Zivilkammer oder Kammer für Handelssachen zuständig ist; in Preußen ist letztere zuständig.

§ 32. Altmann, R. **06** 922. Wird eine Eintragung in das Vereinsregister, die ohne die vorgeschriebene Mitteilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde oder vor Ablauf der sechswöchigen Frist erfolgt ist, wieder gelöscht, so findet auf die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte § 32 keine Anwendung, da er sich nur auf die Aufhebung, nicht auf die Löschung einer Eintragung bezieht und nur von der Erlangung der Fähigkeit zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts handelt, nicht aber von der Erlangung der Rechtsfähigkeit selbst. — AM. Josef, R. **06** 1071. Die Eintragung des Löschungsvermerks enthält zugleich die Aufhebung der die Eintragung anordnenden Verfügung; durch die Eintragung aber hatte der Verein die Rechtsfähigkeit, d. h. die allgemeine Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften erlangt (vgl. Josef, Komm. § 32 Zus. II).

§ 33. *Schultzenstein, BuschsZ. **35** 477, 491, 492, 494, 529. Die Ordnungsstrafe ist lediglich Zwangsmittel. Sie soll nicht den Ungehorsam wie eine Kriminal- oder Polizeistrafe treffen, weil er stattgefunden hat, sondern wie eine Exekutivstrafe, damit er nicht fortdauere. Deshalb ist, falls der Beteiligte prozeßunfähig oder doch in ähnlicher Weise wie die prozeßunfähige Partei in der ZPO. vertretungsbedürftig ist, die Ordnungsstrafe nur gegen ihn, nicht gegen seinen gesetzlichen Vertreter zulässig, es müßte denn der letztere für sich der zu der Handlung oder Unterlassung selbst Verpflichtete sein.

§ 34. I. Boschan, ZBlFG. **7** 192. Die bei den Amtsgerichten gemäß § 69 FGG. aufbewahrten Nebenregister können nicht als Gerichtsakten angesehen werden, deren Einsicht nur bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses verlangt werden kann, vielmehr gilt dies nur von den Sammelakten, zu denen die das Standesregister betreffenden Eingänge genommen werden. Der Gerichtsschreiber darf Anträge auf Vorlegung oder auf Erteilung von Auszügen nicht ablehnen, weil dies ebensogut der Standesbeamte auf Grund des Hauptregisters tun könne. Lehnt der Gerichtsschreiber aus rechtlichen Bedenken die Erteilung eines Auszugs ab, so ist gegen den ablehnenden Bescheid die Entscheidung des Gerichts anzurufen, gegen dessen Verfügung Beschwerde nach §§ 19 ff. zulässig ist.

II. **a)** OLG. **12** 197 (KG.). Gegen die Ablehnung des Ersuchens einer Verwaltungsbehörde um Mitteilung aus den Gerichtsakten ist Sachbeschwerde unzulässig, da keine in der Sache getroffene Anordnung vorliegt. **b)** OLG. **12** 206 (Karlsruhe). Wird ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht, so darf die Akteneinsicht nicht ohne Grund versagt werden, wenn nicht anderenfalls dem Einsichtnehmer geheim zu haltende Verhältnisse offenbar werden könnten. Dem richterlichen Ermessen sind insoweit Schranken gesetzt, deren Verkennung eine Gesetzesverletzung enthält und die weitere Beschwerde rechtfertigt. **c)** R. **06** 1140 (BayObLG.). Die Verweigerung der Akteneinsicht ist gerechtfertigt, wenn andere an der Nichteinsicht ein überwiegendes gegenteiliges Interesse haben. **d)** ElsLoth. NotZ. **06** 71 (LG. Metz). Berechtigtes Interesse an Einsichtnahme der Erbscheinsakten hat der Notar, der glaubhaft versichert, von den Erben mit der Auseinandersetzung beauftragt zu sein. **e)** ZBlFG. **7** 304 (Cassel). In Preußen kann der Notar einem Nichtbeteiligten die Abschrift einer Urkunde verweigern, auf der er eine Unterschrift beglaubigt hat.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 43. Schultheis, ZBlFG. **7** 175. Hat nach Einreichung des Inventars gemäß § 1640 BGB. ein Wohnungswechsel stattgefunden, so handelt es sich bei

etwaiger Einreichung eines Nachtragsverzeichnisses nicht mehr um dieselbe, sondern um eine neue Angelegenheit, für die die Zuständigkeit des Gerichts durch den Zeitpunkt des Befaßtwerdens, regelmäßig die Zeit des Eingangs, bestimmt wird.

§ 44. **a)** BayObLG. **7** 217. Dadurch, daß das nach § 44 zuständige Gericht eine einstweilige Maßregel trifft, wird seine Zuständigkeit für die ordentliche Vormundschaft nicht begründet. **b)** NaumburgAK. **06** 77 (KG.). Auch ein in Preußen sich aufhaltender minderjähriger Angehöriger eines anderen Bundesstaats kann der Fürsorgeerziehung vorläufig überwiesen werden, wenn der andere Bundesstaat die Fürsorge nicht übernimmt.

§ 46. I. *Wellstein § 46 Anm. 3c. Bei dem Ableben eines Vormundes kann die Vormundschaft an ein anderes Gericht, vorausgesetzt, daß die sonstigen Voraussetzungen dafür vorliegen, abgegeben werden, noch bevor der neue Vormund bestellt ist und seine Zustimmung gegeben hat. Das ergibt sich schon daraus, daß ganz allgemein, sobald nur die Vormundschaft angeordnet ist, noch vor Bestellung des Vormundes die Vormundschaft abgegeben werden kann. Die abweichende Ansicht des BayObLG. (SeuffBl. **65** 823) wäre nur richtig, wenn das Erfordernis der Zustimmung des Vormundes allein zur Wahrung der Mündelinteressen aufgestellt wäre. Das ist aber nicht der Fall. Die Rücksicht auf den Vormund selbst, dem unter Umständen durch die Abgabe der Vormundschaft ein Entlassungsanspruch erwächst (§§ 1786 Ziff. 5, 1889 BGB.), hat ebenfalls Anteil daran.

II. **a)** KGJ. **31 A** 51 (KG.). § 46 Abs. 2 FGG. findet auch auf das Fürsorgeerziehungsverfahren gemäß dem PrFürsEG. v. 2. 7. 00 Anwendung. Wegen der Zuständigkeit des KG. über Abgabestreitigkeiten vgl. zu § 199. **b)** BayObLG. **6** 517. Die Entscheidung über die Abgabe kann erst nach Anhörung des Vormundes getroffen werden.

§ 47. Über Anwendbarkeit bei Entmündigten: *Levis, Internationales Entmündigungsrecht 131 ff.

§ 50. Markus, DJZ. **05** 805. Eine Benachrichtigungspflicht besteht nicht, wenn während der Führung einer Vormundschaft oder Pflegschaft Anordnungen des Vormundschaftsgerichts im Interesse des Mündels infolge eines gerichtlichen Verfahrens erforderlich werden.

§ 52. R. **07** 66 (KG.). Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft wird bei Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht erst mit der förmlichen Bekanntmachung an den zu Entmündigenden gemäß § 16 FGG. wirksam. Die bloße Tatsache, daß dieser auf irgendeine Weise, selbst durch eine sonstige Mitteilung des Gerichts, Kenntnis von der Bestellung des Vormundes erlangt, steht der förmlichen Bekanntmachung nicht gleich.

§ 53. 1. Josef, BuschsZ. **35** 536. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Falle des § 1358 Abs. 1 BGB. ergeht zwischen den Eheleuten, nicht zwischen dem Manne und dem Dienstherrn der Frau. Sie betrifft keinen Anspruch des Dienstherrn gegen die Frau, sondern nur die Frage, ob der Mann berechtigt ist, in das der Frau gegebene Recht selbständiger Verpflichtung einzugreifen. Dieser Eingriff erfolgt erst dadurch, daß der Mann von der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts Gebrauch macht und den Vertrag kündigt. Dem Dienstherrn steht deshalb die Beschwerde gegen die Entscheidung nicht zu, sondern nur der Frau. In dem Rechtsstreite, der sich wegen der Kündigung zwischen dem Dienstherrn und dem Manne erhebt, ist die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts insoweit für den Prozeßrichter bindend, als sie feststellt, daß die ehelichen Interessen durch die Tätigkeit der Frau beeinträchtigt werden, nicht aber soweit sie auf der Erwägung beruht, daß die Leistung der Frau in Person zu bewirken sei. Auch im ersteren Falle ist eine Bindung

zu verneinen, falls die Ehegatten durch unwahre Angaben die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erschlichen haben.

2. Gegen Glatzer, R. **05** 428 (JDR. **4** 858): Josef, Komm. § 53 Anm. 1.

§ 55. 1. v. Amelunxen, DNotV. **07** 26 ff. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist kein Rechtsgeschäft, sondern Akt obrigkeitlicher Aufsichtstätigkeit. Willensfehler, die nur beim Vormundschaftsgericht, nicht aber in der Person des Vormunds oder Mündels nachweisbar sind, begründen nicht die Anfechtung des genehmigten Rechtsgeschäfts (Ebenso Staudinger-Engelmann § 1828 Note 3, Weißler, Komm. § 55 Note 4; aM. RG. **25** 281, Breit, ZBlFG. **4** 401 ff., 595 f., Josef, DNotV. **05** 199 ff. u. Komm. § 16 Zus. II; vgl. JDR. **4** 859 Ziff. I 2).

2. Josef, DNotV. **06** 121. Der Antrag des Vormundes auf Zwangsversteigerung ist kein Rechtsgeschäft i. S. des § 55, weil der mit dem Antrag gewollte Erfolg nicht deshalb eintritt, weil er gewollt ist, sondern nur kraft der gerichtlichen Verfügung, die dem Antrag stattgibt (zu KGJ. **30** A 18; vgl. JDR. **4** Ziff. II).

§ 57. 1. Zu Ziff. 3. **a)** KGJ. **31** A 76 (KG.). Gegen die Aufhebung einer Nachlaßverwaltung steht auch dem Nachlaßgläubiger, der die Einleitung der Nachlaßverwaltung nicht beantragt hat, nicht nur aus § 57 Ziff. 3, sondern auch aus § 20 FGG. das Beschwerderecht zu, weil die Einleitung der Nachlaßverwaltung jedem Nachlaßgläubiger das Recht gibt, seine Befriedigung aus dem Nachlaß von dem der gerichtlichen Aufsicht unterstellten Nachlaßverwalter zu fordern und weil die Aufhebung der Verwaltung vor seiner Befriedigung eine Beeinträchtigung dieses Rechtes darstellt. **b)** SeuffBl. **06** 425 (LG. München). Gegen Ablehnung der Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft für eine Erbbeteiligte steht dem Nachlaßgericht kein Beschwerderecht zu.

2. Zu Ziff. 9. **a)** ZBlFG. **7** 575 (Dresden). In Angelegenheiten, die die Sorge für die Person des Kindes betreffen, steht dem Vater ein Beschwerderecht zu, auch wenn ihm, weil er wegen Verbüßung längerer Freiheitsstrafe an Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, die Sorge für die Person des Kindes entzogen und dem Kinde ein Vormund bestellt ist. **b)** RG. R. **07** 67. Der unehelichen Mutter steht kein Beschwerderecht zu wegen versagter Bestellung als Vormund ihres Kindes. Nach dem Zwecke der Bestimmung soll eine Beschwerde nur demjenigen gegeben werden, der im Interesse des Kindes eine dieses Interesse angeblich verletzende Verfügung angreifen will. **c)** R. **06** 1204 (BayObLG.). Gegen die Bestellung eines Dritten zum Vormunde eines unehelichen Kindes steht der Mutter Beschwerde zu. **d)** BadRpr. **06** 68 (Karlsruhe). Dem außerehelichen Vater steht im Verfahren nach § 1666 BGB. gegen die Mutter ein Beschwerderecht zu. **e)** BayObLG. **7** 326, R. **06** 866 (BayObLG.). In einer die Sorge für die Person des Mündels betreffenden Angelegenheit ist ein Rechtsanwalt nicht schon vermöge seines Berufs und eines Auftrags des Mündels ohne weiteres beschwerdeberechtigt. **f)** R. **06** 1299 (BayObLG.). Auch die Armenverwaltung hat ein berechtigtes Interesse, eine Angelegenheit, welche die Sorge für die Person eines im Falle der Hilfsbedürftigkeit von ihr zu Unterstützenden betrifft, wahrzunehmen, und hat deshalb ein Beschwerderecht gegen eine Verfügung, die eine Entscheidung über eine solche Angelegenheit enthält. **g)** ThürBl. **53** 118 (Jena). Die Auswahl des Vormundes kann gemäß Ziff. 9 mit einfacher Beschwerde angefochten werden. Aus § 60 Ziff. 1 ergibt sich nicht, daß gegen die Auswahl des Vormundes nur dann eine Beschwerde gegeben sein soll, wenn ein gesetzlich Berufener übergangen ist. **h)** RJA. **6** 255 (KG.), s. o. § 1911 BGB. Ziff. 1. **i)** *Fuchs, Rechtliche Stellung des Gegen-

vormundes (Diff.) 125. Auch der Gegenvormund ist zur Beschwerde aus Ziff. 9 legitimiert.

§ 59. 1. Abs. 1. RJA. **6** 168, KGJ. **31** A 29, ZBlFG. **6** 694 (KG.). Eine wegen Trunksucht entmündigte Person hat ein selbständiges Recht zu Anträgen und Beschwerden in den ihren Unterhalt betreffenden vormundschaftsgerichtlichen Angelegenheiten. Sie kann zu dessen Ausübung einen Rechtsanwalt ohne Mitwirkung des Vormunds bevollmächtigen (vgl. RJA. **4** 193, KGJ. **28** A 295).

2. Abs. 2. RJA. **7** 97, ZBlFG. **7** 117 (KG.). Der Antrag eines Geschäftsunfähigen auf Aufhebung einer für ihn angeordneten Pflegschaft ist wegen der Geschäftsunfähigkeit des Antragsstellers nicht nichtig, sofern nur der Antrag in einer Weise zum Ausdruck gebracht ist, die das Verständnis des Antragstellers für seinen Inhalt und den Willen, daß die Pflegschaft aufgehoben werden soll, erkennen läßt.

§ 62. *Unger, BuschsZ. **36** 77 f. Die Vorschrift ist eine Anwendung des allgemeinen Rechtssatzes, daß, sobald eine Verfügung Dritten gegenüber, d. h. materiell-rechtlich, in voller Ausdehnung wirksam geworden, oder ihre Ausführung erfolgt und nach der Natur der Sache nicht mehr rückgängig zu machen ist, die Beschwerde gegen die Verfügung unzulässig ist.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 70. I. Hahn, JWBl. **05** 209. Die Aufsichtsbehörde für die Standesämter hat ein Beschwerderecht nur, wenn es sich um Registereintragungen handelt, dagegen nicht, wenn z. B. das Gericht den Standesbeamten zur Bewirkung eines Aufgebots anweist.

II. **a)** RJA. **7** 89, KGJ. **32** A 76, ZBlFG. **7** 124 (KG.). Die Wiederberichtigung einer in das Standesregister eingetragenen Berichtigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Anordnung der ersten Berichtigung rechtskräftig ist (Ebenso Josef, Komm. § 70 Anm. 3). **b)** RJA. **7** 12, ZBlFG. **7** 69 (KG.). Gegen die Ablehnung eines Berichtigungsantrags findet einfache Beschwerde statt. **c)** ElsLothJZ. **06** 637, ElsLothNotZ. **06** 366 (Colmar). Auch bei formellen Mängeln der Standesurkunden ist das Berichtigungsverfahren zulässig.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73. I. Bode, DJZ. **05** 1164. Zur Erteilung des Erbscheins nach einem im Inlande verstorbenen Ausländer ist das Gericht seines Wohnsitzes auch dann zuständig, wenn dem Rechte des Heimatsstaats die Einrichtung des Erbscheins unbekannt ist. Ebenso ZBlFG. **7** 526 (Dresden).

II. **a)** OLG. **12** 214, ElsLothNotZ. **05** 353 (Colmar). Maßgebend ist der letzte bekannte inländische Wohnsitz, z. B. der in der letztwilligen Verfügung angegebene. **b)** BayObLG. **7** 118. Ist der Erblasser im Inlande für tot erklärt, so ist das Nachlaßgericht des letzten Wohnsitzes zuständig, wenn der Verschollene beim Beginne der Verschollenheit ein Deutscher war. **c)** KGJ. **32** A 6 (KG.). Die örtliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts bestimmt sich in erster Linie nach dem Wohnsitze, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalls hatte. Im Falle einer Änderung der Gerichtsbezirke ist jedoch die zur Zeit des Erbfalls bestehende Gerichtsorganisation nicht für alle späteren, den Nachlaß betreffenden Angelegenheiten maßgebend. Vielmehr richtet sich für jede einzelne Angelegenheit die örtliche Zuständigkeit nach der Gerichtszugehörigkeit des Wohnsitzes zu der Zeit, zu der das Gericht mit der einzelnen Angelegenheit befaßt wird.

§ 76. RJA. **7** 102, KGJ. **31** A 73 ff., ZBlFG. **7** 134 (KG.). a) Der Antrag des Erben auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung enthält an und für

sich die Erklärung der Annahme der Erbschaft noch nicht. Der einstweilige Erbe kann deshalb auch nach der auf seinen Antrag erfolgten Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft rechtswirksam ausschlagen. Die rechtswirksame Ausschlagung entzieht der Fortsetzung der angeordneten Nachlaßverwaltung die rechtliche Unterlage. Im Falle der späteren Ausschlagung steht sowohl ihm wie dem nächst ihm berufenen Erben das Recht zu, die Wiederaufhebung der Nachlaßverwaltung zu betreiben. Fällt der Antragsteller als Erbe später fort, und ist der nächst ihm berufene Erbe mit der Fortsetzung der Nachlaßverwaltung nicht einverstanden, so wird beider Recht durch die Fortsetzung der Nachlaßverwaltung beeinträchtigt, das Recht des Fortgefallenen, weil er noch als Erbe behandelt wird, das des Nächstberufenen, weil ihm die Verwaltung und Verfügung gegen seinen Willen vorenthalten bleibt. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Wiederaufhebung der Nachlaßverwaltung steht deshalb außer dem endgültigen Erben auch demjenigen die Beschwerde zu, der innerhalb der Ausschlagungsfrist die angeordnete Nachlaßverwaltung beantragt hat und durch die rechtswirksam erfolgte Ausschlagung zum Nichterben geworden ist. b) Auch bei der Nachlaßverwaltung übt der Nachlaßrichter vormundschaftsgerichtliche Funktionen aus und hat deshalb die Voraussetzungen, wie für die Anordnung, so für die Aufrechterhaltung der Nachlaßverwaltung festzustellen. Dazu gehört die Prüfung der materiellen Wirksamkeit einer formrichtigen und rechtzeitigen Ausschlagungserklärung.

§ 77. 1. Josef, BuschsZ. **35** 566. Verfügungen des Nachlaßgerichts, durch die es entscheidet, ob dem Erben eine Inventarfrist zu bestimmen oder ob dem Erben, der im zweiten Termin ausgeblieben war, ein dritter Termin zur eidlichen Bestärkung des Inventars anzuberaumen ist, sind für das Prozeßgericht nicht bindend. Vielmehr hat dieses selbständig die vom Nachlaßgerichte nicht entschiedene Frage zu entscheiden, ob und in welchem Umfange eine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten begründet ist.

2. Krug, IheringsJ. **49** 126. Gegen die Verfügung, durch die der Frau eine Inventarfrist bestimmt oder über den Antrag der Frau, die Inventarfrist zu verlängern, entschieden ist, steht dem Manne, der seinerseits zu dem Antrag auf Verlängerung der Frist zwar nicht befugt ist, ein selbständiges Beschwerderecht zu, da sein Recht auf Abwendung der unbeschränkten Haftung beeinträchtigt sein kann.

§ 81. **a)** KGJ. **31** A 86 (KG.). Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers kann auch das Vormundschaftsgericht gleich jedem von dem Erblasser ersuchten Dritten vornehmen. — Hat das Gericht den Testamentsvollstrecker ernannt, und der Ernannte die Wahl angenommen, so kann über die Frage, ob der Erblasser das Gericht um die Ernennung ersucht hatte, nur im Prozeßwege entschieden werden. **b)** KGJ. **31** A 90 (KG.). Hat der Erblasser den Testamentsvollstrecker ermächtigt, zu notariellem Protokoll einen Nachfolger zu ernennen, so ist die in dieser Form erfolgte Ernennung nur dann wirksam, wenn der Testamentsvollstrecker die Ausfertigung des Protokolls dem Nachlaßgericht einreicht. Geht das vor der Entlassung des Testamentsvollstreckers aus seinem Amte errichtete Protokoll erst nach der Entlassung bei dem Nachlaßgericht ein, so liegt eine gültige Ernennung nicht vor. — **c)** KGJ. **31** A 92 (KG.) läßt die Frage dahingestellt, ob ein Beschwerderecht des durch die Testamentsvollstreckung nicht selbst betroffenen Miterben davon abhängt, daß noch ungeteiltes Nachlaßvermögen vorhanden ist, oder ob auch abgesehen davon jeder Miterbe als solcher durch eine dem Willen des Erblassers entgegenlaufende Beschränkung des anderen Miterben mittels Ernennung eines Testamentsvollstreckers in seinem Rechte beeinträchtigt wird.

§ 83. RJA. **7** 33, KGJ. **31** A 363, ZBlFG. **7** 85, OLG. **12** 389 (Dresden). Die Urschrift eines abgelieferten eigenhändigen Testaments hat dauernd

bei dem Nachlaßgerichte zu verbleiben; der Ablieferer kann die Rückgabe nicht verlangen.

§ 86. Literatur: v. Amelunxen, Die gerichtliche Erbteilung in ihren juristischen Grundlagen, DNotV. **07** 6 ff.

I. 1. *Wellstein, Komm. § 87 Anm. 3, bejaht die Streitfrage, ob der Antrag auf gerichtliche Auseinandersetzung dann ohne weiteres, d. h. ohne Ansetzung und Abhaltung eines Termins abgewiesen werden müsse, wenn dem Gericht gegenüber schon im voraus das Erbrecht und damit die Antragsberechtigung des Antragstellers von einem Mitbeteiligten bestritten werde. Dagegen hält er die in dem Beschlusse des KG. v. 28. 4. 02 — KGJ. **24** A 189 — ausgesprochene Ansicht, daß, wenn ein Beteiligter schon gegen den Antrag Widerspruch erhoben habe, das Nachlaßgericht die Einleitung des Verfahrens von der Beibringung des Nachweises abhängig machen könne, daß die Gründe des Widerspruchs im Prozeßverfahren beseitigt seien, nur für richtig, wenn der Widerspruch die Bestreitung eines Rechtes zum Gegenstande hat, nicht aber, wenn er lediglich mit dem Willen, sich auf das Verfahren nicht einlassen zu wollen, begründet wird. Ein Widerspruch der letzteren Art ist nur, wenn er in einem Termine vorgebracht werde, ein wirksames Hindernis für den Fortgang, nicht aber für die Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens (vgl. u. § 95). — In der weiteren Streitfrage, ob in dem Falle, daß die Auseinandersetzung testamentarisch verboten worden sei, die Erben trotzdem, wenn sie alle einig sind, das Teilungsverbot des Erblassers beseitigen können, oder ob erst im Prozeßwege (vgl. § 2044 bzw. § 749 Abs. 2 BGB.) eine Entscheidung herbeizuführen sei, ist Wellstein aaO. der ersteren Ansicht, da die testamentarische Anordnung der Beteiligten nur in ähnlicher Weise binden soll, wie eine unter ihnen getroffene Vereinbarung und ihre Wirkung nur eine obligatorische ist (Mot. V 689 f.). Es ist hier auf Antrag ein Termin anzuberaumen und so zu verfahren, wie bei einer vertragsmäßigen Ausschließung der Auseinandersetzung. — Ebenso Josef, Komm. § 86 Anm. 5a.

2. Josef, Komm. § 86 Note 8. Der Pfandgläubiger bezüglich eines Erbteils ist zwar zum Antrag auf Auseinandersetzung legitimiert. Beantragt er aber die Auseinandersetzung vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung, so können der Schuldner und die Miterben die Auseinandersetzung ablehnen, da das materielle Recht des Pfandgläubigers von seinem Antragsrechte unabhängig ist. Erklären die Miterben dies, so ist die Auseinandersetzung nach § 95 auszusetzen.

3. Josef, DNotV. **06** 58, Komm. 365. Der Antrag auf gerichtliche Auseinandersetzung der Frau mit den Miterben ist bei gesetzlichem Güterstand eine Verwaltungshandlung betreffs des Nachlasses und daher grundsätzlich vom Manne zu stellen. Die Auseinandersetzung selbst aber enthält eine Verfügung über den Nachlaß, da das Gesamthandeigentum in Sondereigentum an den einzelnen Nachlaßsachen umgewandelt wird; zu dieser Verfügung bedarf die Frau der Genehmigung des Mannes, der folglich als „Beteiligter" i. S. des § 86 vom Nachlaßgericht zur Auseinandersetzung zuzuziehen ist. Die Erklärungen betreffs der Auseinandersetzung sind nicht vom Manne, sondern von der Frau abzugeben und vom Manne nur zu genehmigen. Bleibt er im Termin aus, so ist seine Zustimmung zu den von der Frau und den Miterben abgegebenen Erklärungen im Versäumnisverfahren zu ersetzen. — Gehört die der Frau angefallene Erbschaft zum Gesamtgute, so sind vom Nachlaßgericht lediglich die Erklärungen des Mannes entgegenzunehmen, die nur betreffs der Nachlaßgrundstücke von der Frau zu genehmigen sind.

4. v. Amelunxen, DNotV. **07** 21 ff. Erst durch vollständige Aus-

einandersetzung wird das Verfahren erledigt. Ist sie absichtlich oder versehentlich unvollständig geblieben, so hat der Teilungsbeamte dem Antrag auf Fortsetzung der Auseinandersetzung stattzugeben. Für eine Sachteilung ist, solange die Erbengemeinschaft besteht, kein Raum.

II. Rechtsprechung. **a)** RJA. **6** 264, KGJ. **31** A 135, ZBlFG. **6** 800 (KG. unter Aufgabe der OLG. **3** 310 vertretenen Ansicht). Die Ablehnung eines Antrags auf Vermittelung der Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses ist wegen eines Hindernisses, das durch Einigkeit der Beteiligten nicht beseitigt werden kann, zulässig. Hindernisse, welche durch Vermittelung beseitigt werden können, begründen die Ablehnung des Antrags auch dann nicht, wenn erhellt, daß die Beteiligten zur Zeit nicht einig sind, sondern können nur den Erlaß einer Zwischenverfügung aus § 87 Abs. 2 rechtfertigen, wenn das Nachlaßgericht die sofortige Einleitung des Verfahrens nicht für angezeigt hält. **b)** KGJ. **31** A 131 (KG.). Die organische Verbindung des Verfahrens zur Vermittelung der Auseinandersetzung nach § 9 I. 46 PrAGO. und nach § 86 FGG. ist unmöglich. Die Vermittelung der Auseinandersetzung über die Nachlässe zweier Ehegatten, von denen der eine vor, der andere nach dem 1. 1. 00 gestorben ist, muß inhaltlich getrennt durchgeführt werden.

§ 89. Engel, ElsLothNotZ. **06** 327. Wenngleich die öffentliche Zustellung der Ladung im Auseinandersetzungsverfahren unzulässig ist, so ist doch eine nach § 203 Abs. 2 ZPO., der gemäß § 16 FGG. in Verbindung mit § 208 ZPO. anwendbar ist, stattfindende öffentliche Zustellung für zulässig zu erachten, wenn der im Auslande wohnende Beteiligte die Annahme verweigert und die ersuchte Behörde ein Zeugnis, daß die Zustellung erfolgt sei, nicht ausstellt.

§ 91. I. 1. *Franz, DNotV. **06** 177. Die Bestätigung der Auseinandersetzung ergänzt betreffs eines nicht erschienenen Beteiligten auch die bei der Auseinandersetzung erklärte Auffassung (vgl. JDR. **4** zu § 91).

2. Ebenso v. Amelunxen, DNotV. **07** 14 ff., weil a) die Gleichzeitigkeit der Anwesenheit der Beteiligten nur den Inhalt einer Formvorschrift bildet, deren Verletzung der Bestätigungsbeschluß heilt, b) die Auseinandersetzung ohne Auflassung unfertig sein würde und c) die entgegengesetzte Auffassung dahin führen muß, der Versäumnisteilung jede bloß verpflichtende Wirkung abzusprechen, wenn für die Verpflichtungsurkunde nach Reichs- oder Landesrecht bestimmte Form vorgeschrieben ist.

3. v. Amelunxen, DNotV. **07** 6 ff. Der Grundsatz des § 91 hat mit dem Versäumnisverfahren des § 331 ZPO. gemein, daß er ein Einverständnis mit den der Teilung zugrunde gelegten Tatsachen, also ein Zugeständnis von Parteibehauptungen annimmt. Die Rechtsgestaltung selbst erfolgt aber nicht aus richterlicher oder urteilsmäßiger Tätigkeit, sondern aus dem Willen der Beteiligten als deren eigenes Rechtsgeschäft (aM. Stiff, ElsLothNotZ. **04** 257 ff.). Dem streitigen Prozeßverfahren analog ist nur, daß der Teilungsbeamte die materiellen Unterlagen der Auseinandersetzung nicht von Amts wegen in Zweifel ziehen wird und daß das Bestreiten Parteisache ist. Das angenommene Zugeständnis erklärt allerdings noch nicht den nach gesetzlicher Vorschrift sich vollziehenden Vertragsabschluß. Das Verhalten des Ausbleibenden nach gehöriger Ladung muß aber, wenn auch eine Verpflichtung zur Mitwirkung aus der Versäumnisfolge des § 91 nicht notwendig folgt, ebenso wie in den ähnlichen Fällen der §§ 496, 516 Abs. 2, 1943 BGB., § 362 HGB. nach vernünftiger Lebens- und Geschäftsauffassung als Zustimmung gedeutet werden. Die Versäumnis enthält deshalb eine stillschweigende Vertragsannahme, keine gesetzliche Fiktion, die mit der auch nach der Bestätigung zulässigen Anfechtung eines Erbteilungsvertrages wegen Willensmängeln des Säumigen unvereinbar wäre.

4. Josef, Komm. § 91 Anm. 6. Gegen den bei Beginn oder im Laufe des Termins tatsächlich erschienenen Erben ist ein Versäumnisverfahren nicht zulässig, auch wenn er sich im Laufe des Termins freiwillig oder infolge Ungebühr entfernt hat. Entscheidend ist allein die unterschriftliche Vollziehung des Protokolls. Wird sie von dem Erschienenen nicht geleistet, so liegt ein Widerspruch gegen die Auseinandersetzung vor und ist nach § 95 zu verfahren.

II. RJA. 7 170, KGJ. 32 A 110, ZBlFG. 7 409 (KG.). Die Bindung der an eine Erbauseinandersetzung (vorgängige Vereinbarung) vorläufig gebundenen Beteiligten fällt fort, sobald das Zustandekommen der Auseinandersetzung durch rechtswirksame Ablehnung seitens eines anderen Beteiligten scheitert. Dieser Fall tritt ein, wenn ein früher nicht erschienener Beteiligter in dem neuen, auf seinen rechtzeitigen Antrag anberaumten Termin erscheint und die Zurückziehung seines Widerspruchs gegen die Auseinandersetzung bis zur Fortsetzung der Verhandlung unterläßt.

§ 95. I. v. Amelunxen, DNotV. **07** 18 ff. Teilungsbestätigung durch das Prozeßgericht. Wenn mangels Zustimmung eines Beteiligten das Zustandekommen des Teilungsvertrages gehindert wird, ohne daß einzelne Streitpunkte protokollarisch festgestellt werden können, z. B. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu Erklärungen des Vormunds eines Beteiligten versagt wird, so kann gegen den Vormund von den Beteiligten auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der Auseinandersetzung Klage erhoben werden, da sein Einverständnis durch Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wegfällt. Das Urteil hat konstitutive Kraft und nimmt auch die Wirkungen eines Bestätigungsbeschlusses des Nachlaßgerichts vorweg, so daß für diesen kein Raum mehr bleibt.

II. KGJ. **32** A 114, RJA. 7 174, ZBlFG. 7 412 (KG.). Streitpunkte, die eine Aussetzung des Erbauseinandersetzungsverfahrens erforderlich machen, haben sich nicht schon dann ergeben, wenn bei den Terminsverhandlungen im allgemeinen Meinungsverschiedenheiten hervorgetreten sind, sondern erst, wenn die Klarstellung bestimmter, streitiger Punkte als Terminsergebnis und ihre Feststellung zu Protokoll erfolgt ist, um damit eine Grundlage für ihre Erledigung im Prozeßwege zu gewinnen. Das Nachlaßgericht ist befugt, von der Aussetzung abzusehen, wenn Widersprüche gegen die Vorschläge der übrigen Beteiligten nicht im Verhandlungstermine, sondern nur in schriftlichen Eingaben erhoben sind.

§ 97. 1. Über den Einfluß von Willensmängeln des Vormundschaftsrichters bei Erteilung der Genehmigung vgl. § 55.

2. Pflichtteilsberechtigte. v. Amelunxen, DNotV. **07** 41 ff. Die Berechnung des Pflichtteils, die, wenn auch der Berechtigte an der Auseinandersetzung nicht teilnimmt, unter seiner Mitwirkung im Teilungsverfahren nicht ausgeschlossen ist, hat Vergleichscharakter, wenn sie nach § 2311 Abs. 2 BGB. vertragsmäßig vor sich geht, und macht, falls um ihretwillen ein Bevormundeter beteiligt ist, die Auseinandersetzung nach § 1822 Ziff. 12 BGB. genehmigungsbedürftig, ebenso wie auch die Annahme des Pflichtteils oder eines Pflichtteilssurrogates seitens des Vormundes nach § 1810, § 1813 Ziff. 1 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 119. *Unger, BuschsZ. 36 23 f. Die Vorschrift des Satz 1 trifft nur die auf Schiffspfandrechte bezüglichen Eintragungen.

§ 122. S. die zu § 71 Abs. 2 GBO. bemerkte Ansicht von *Unger, BuschsZ. **36** 91.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

Literatur: Josef, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in ihrer Einwirkung auf die Handelsregisterführung, HoldheimsMSchr. 06 40. — Ders., Einstweilige Verfügungen des Registergerichts bei Ernennung und Abberufung von Liquidatoren, HoldheimsMSchr. 06 197. — Marcus, Bemerkungen zum Beschwerderecht im Verfahren nach Abschn. 7 FGG., ZBlFG. 7 198.

§ 125. I. Josef, Buschs Z. 35 548. Die Prüfung des Registergerichts über die Zulässigkeit einer Eintragung in das Handelsregister steht einer abweichenden Entscheidung des Prozeßgerichts nicht entgegen.

II. DJZ. 06 1264 (KG.). Nur solche Eintragungen sind zulässig, die durch das Gesetz vorgesehen sind; aus jeder muß sich ergeben, als welche der im Gesetz vorgesehenen sie sich darstellt.

§ 126. I. Marcus, HoldheimsMSchr. 06 338. Beantragt die Handelskammer das Einschreiten des Registerrichters aus § 37 HGB. gegen einen nicht eingetragenen Kaufmann oder einen Nichtkaufmann wegen Firmenmißbrauchs oder Zuwiderhandlungen gegen Art. 9 EGHGB., so stützt sich solcher Antrag nicht auf ein in den §§ 20, 126 FGG. vorgesehenes Recht, sondern stellt lediglich eine Anregung dar, gegen deren Ablehnung der Handelskammer Beschwerde nicht zusteht.

II. **a)** OLG. **12** 201 (KG.). Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen steht gegen Eintragungen in das Handelsregister Beschwerde nicht zu, da sie nicht rechtsfähig sind und nicht unter § 126 FGG. fallen. **b)** OLG. **12** 406 (KG.). Ein Antrag, gegen dessen Ablehnung Beschwerde stattfindet, ist auch darin zu finden, wenn die Handelskammer auf die Anfrage des Registergerichts geantwortet hat, sie teile seine Bedenken und halte eine angemeldete Firma für unzulässig.

§ 127. *Wellstein, Komm. § 127 Anm. 2. Die Entscheidung über ein streitiges Rechtsverhältnis i. S. des § 127 liegt grundsätzlich dem Registerrichter ob; er ist in erster Linie zur Entscheidung auch verpflichtet. Ob der Richter aussetzen soll, hängt von der gesamten Tat- und Rechtslage ab, durch die die Aussetzung sachlich gerechtfertigt sein muß. Der unbescheinigte Protest eines Beteiligten rechtfertigt die Aussetzungsanordnung nicht, und es kann von der Aussetzungsbefugnis nur in den Fällen Gebrauch gemacht werden, in denen nicht eine sofortige Entscheidung durch die Verhältnisse nötig wird.

§ 131. RJA. 6 198, ZBlFG. 6 715, OLG. **11** 388 (KG.). Das Registergericht der Zweigniederlassung hat den beim Gericht der Hauptniederlassung schon eingetragenen Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals, sowie die dort eingetragene Erhöhung des Grundkapitals einzutragen, ohne die Gesetzmäßigkeit jener Eintragungen nachprüfen zu dürfen.

§ 132. I. 1. Josef, DNotV. 06 55. Durch den Gewerbebetrieb bekommt die Ehefrau alle, mit der Kaufmannseigenschaft verbundenen Rechte und Pflichten, also auch das Recht, alle im Verfahren der Registerführung vorkommenden Anträge zu stellen, sowie Rechtshandlungen vorzunehmen. Demgemäß ist das Ordnungsstrafverfahren aus §§ 132 ff. lediglich gegen die Frau ohne Zuziehung des Mannes zu richten.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. 06 338. Das Ordnungsstrafrecht erstreckt sich nur auf Erzwingung präsenter Pflichten.

II. Rechtsprechung. 1. Zuständigkeit. **a)** RJA. 6 194, KGJ. 31 A 201, ZBlFG. 6 712 (KG.). Das LG. ist nicht zuständig, eine Verfügung aus § 132 Abs. 1 FGG. selbst zu erlassen, vielmehr ist das lediglich Aufgabe des hierfür sachlich ausschließlich zuständigen AG. Ein diese Vorschrift verletzendes Verfahren ist in der Instanz der weiteren Beschwerde von Amts wegen

aufzuheben. § 143 FGG. ist auf das Ordnungsstrafverfahren analog nicht anwendbar. **b)** KGJ. **31** A 206 (KG.). Die örtliche Zuständigkeit des Registergerichts im Ordnungsstrafverfahren ist eine ausschließliche. Verfügungen des unzuständigen Gerichts sind trotz § 7 FGG. rechtsunwirksam und deshalb auf erhobene Beschwerde auch von Amts wegen aufzuheben.

2. Inhalt der Verfügung. **a)** R. **06** 61 (KG.). Die Alternativandrohung, entweder der betreffenden Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen, muß, um ein ordnungsmäßiges Ordnungsstrafverfahren einzuleiten, in den amtsgerichtlichen Verfügungen enthalten sein. **b)** OLG. **12** 412 (KG.). Die angedrohte Ordnungsstrafe muß ziffernmäßig bestimmt sein.

3. Einspruch. KGJ. **31** A 164 (KG.). Wird in einem handelsgerichtlichen Ordnungsstrafverfahren gegen die einleitende Verfügung, die nur dem Einspruch unterliegt, von dem Beteiligten Beschwerde eingelegt, so ist die Beschwerde, wenn nicht besondere Bedenken obwalten, als Einspruch zu behandeln.

4. Beschwerde. R. **06** 1205 (BayObLG.). Gegen eine Verfügung, durch die wegen unterlassener Anmeldung eine Ordnungsstrafe gegen den Vertreter einer Aktiengesellschaft festgesetzt ist, steht nur diesem, nicht der Gesellschaft, Beschwerde zu.

§ 133. *Wellstein, Komm. § 133 Anm. 1, gibt in acht Nummern eine Darstellung der verschiedenen Fälle, welche eintreten können, wenn eine Aufforderung im Sinne des § 132 an den Verpflichteten ergangen ist.

§ 134. KGJ. **31** A 206 (KG.). a) Der Einspruch gegen eine strafandrohende Verfügung des Registergerichts kann nur von seiten derjenigen physischen Personen eingelegt werden, gegen welche die Verfügung gerichtet war. § 20 Abs. 1 FGG. ist auf den Einspruch nicht anwendbar, ebensowenig § 62 ZPO., vermöge dessen der von dem einen Beteiligten eingelegte Einspruch auch den übrigen, in gleicher Lage befindlichen Beteiligten zustatten käme. b) Die Unterzeichnung eines Einspruchs mit der Firma einer oHG. genügt in der Regel für die Annahme seiner Einlegung seitens der Gesellschafter.

§ 139. I. Marcus, ZBlFG. **7** 198 ff. a) In der Beschwerdeinstanz ist mündliche Verhandlung nicht obligatorisch. § 134 gilt nur für die erste Instanz, für analoge Anwendung in zweiter Instanz ist kein Raum. b) Eine Straferhöhung in der Beschwerdeinstanz bei Beschwerde aus § 139 ist unzulässig. c) Einseitiger Verzicht des durch unbefugten Firmengebrauch verletzten Antragstellers auf die Beschwerde ist, da hier lediglich Privatstreitigkeiten in Frage stehen, zulässig und wirksam, selbst wenn man die gegenteilige Ansicht des KG. (vgl. § 21) generell billigt.

II. OLG. **12** 218 (KG.). Gegen die Festsetzung der Ordnungsstrafe durch das Beschwerdegericht findet die sofortige weitere Beschwerde statt.

§ 141. R. **06** 1270 (KG.). Vor Ablauf der Widerspruchsfrist oder vor Rechtskraft der den Widerspruch zurückweisenden Verfügung darf die Löschung einer Firma selbst nicht unter Aussetzung der Ausführung angeordnet werden.

§ 142. I. Verfahren von Amts wegen. Beteiligte. **a)** KGJ. **31** A 153 (KG.). Die Bestimmungen der §§ 142, 143 FGG., die zunächst nur die Löschungen von Amts wegen betreffen, kommen auch zur Anwendung, wenn ein von der angeblich unzulässigen Eintragung berührter Dritter die Löschung betreibt. **b)** BayObLG. **7** 63, BayRpflZ. **06** 144, BauersZ. **13** 253, SeuffBl. **06** 631 (BayObLG.). Einwendungen gegen die Bewirkung einer vom Beschwerdegericht angeordneten Eintragung können auch schon vor der erfolgten Eintragung zum Zwecke ihrer Verhinderung vorgebracht werden. **c)** WürttZ. **06** 169 (Stuttgart). Beteiligt i. S. des Abs. 2 ist, wenn es sich um die Nichtigerklärung und

Löschung der nach § 7 GmbHG. erfolgten Eintragung der GmbH. handelt, nur die GmbH. und damit ihr Geschäftsführer, dem allein die Frist zum Widerspruch zu bestimmen ist, nicht die einzelnen Gesellschafter.

II. Zuständigkeit des Landgerichts. KGJ. **31** A 152 (KG.). Wird über eine Eintragung in das Handelsregister von einem anderen als dem Eingetragenen Beschwerde erhoben, so kann das LG. nicht als Beschwerdegericht die Löschung der Eintragung anordnen, sondern nur als Gericht erster Instanz gemäß § 142 Abs. 2, 3, § 143 FGG. verfahren. Weist es den Antrag als unbegründet zurück, so steht dem dadurch in seinem Rechte Beeinträchtigten Beschwerde zu, über die in Preußen das KG. zu entscheiden hat.

III. Wesentliche Voraussetzung. **a)** Josef, HoldheimsMSchr. **06** 42. Eine Eintragung in das Handelsregister auf Grund eines vormundschaftsgerichtlich zu genehmigenden Rechtsgeschäfts kann von Amts wegen gelöscht werden, wenn das Vormundschaftsgericht die Genehmigung dem Vormund versehentlich nicht bekannt gemacht hat (vgl. § 16). **b)** KGJ. **31** A 147 (KG.). Der Umstand, daß ein kleingewerblicher Betrieb in das Handelsregister eingetragen worden ist, gibt dem Registergerichte das Recht zur Untersagung des Gebrauchs und zur Löschung der Firma. Ergeben die Umstände, daß jemand durch Anmeldung eines Kleinbetriebs als Großbetrieb sich lediglich zum Schaden eines Dritten eine ihm nicht zukommende Firma durch ihre alsbaldige Eintragung im voraus sichern wollte, so kann die unzulässigerweise eingetragene Firma selbst dann gelöscht werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der Löschung mit der Eintragung im Einklang stehen.

IV. Beschwerde. **a)** RJA. **7** 116, KGJ. **32** A 171, ZBlFG. **7** 143 (KG.). Gegen die vom Beschwerdegericht angeordnete Eintragung in das Handelsregister findet weitere Beschwerde mit dem Antrag auf Löschung der Eintragung nicht statt. **b)** RJA. **7** 186, ZBlFG. **7** 421, R. **06** 693 (KG.). Dritten (vgl. unter I) steht die Beschwerde nur zu, wenn sie durch diejenige Firma, deren Löschung angeregt ist, in ihrem Firmen-, Namen-, oder einem sonstigen Rechte beeinträchtigt sind, nicht schon bei bloßem rechtlichen Interesse an der Durchsetzung ihrer Anträge.

§ 143. *Unger, BuschsZ. **36** 45. Hier sind bei Anwendung des § 28 Abs. 2, 3 vom Reichsgericht auch über Tatsachen Ermittelungen anzustellen und Feststellungen zu treffen.

§ 145. I. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 16. Der Registerrichter ist zur Ernennung von Liquidatoren, nicht aber zur Festsetzung ihrer Gebühren zuständig; er ist, wenn die Minderheit der Aktionäre die Berufung der Generalversammlung verlangt, nicht zuständig zu einer Entscheidung über die Kosten des Verfahrens. — Ebenso bezügl. der Liquidatoren Josef, ZBlFG. **6** 844.

2. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 197. Das zur Ernennung und Abberufung von Liquidatoren allein zuständige Registergericht kann die Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung nicht treffen, weil a) die Vorschriften der ZPO. für das Verfahren der FG. nur insoweit anwendbar sind, als dies im FGG. ausdrücklich vorgeschrieben ist, was für einstweilige Verfügungen nicht zutrifft, b) die auf Grund bloßer Glaubhaftmachung ergehende einstweilige Verfügung mit der Feststellungs- und Beweiserhebungspflicht des § 12 FGG. unvereinbar ist, c) vorläufige Anordnungen, wie z. B. in § 24 Abs. 3, § 26 Satz 2 FGG., § 1666 BGB., nur auf Grund besonderer Bestimmungen des materiellen Rechtes oder des Verfahrensgesetzes zulässig sind (gegen Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 299; vgl. JDR. **4** Ziff. 1).

II. KGJ. **31** A 171, BauersZ. **13** 247 (KG.). In dem Beschlusse, durch den das AG. dem Antrage von Aktionären auf Ermächtigung zur Einberufung

einer Generalversammlung stattgibt, kann zwar ausgesprochen werden, daß die gerichtlichen Kosten den Antragstellern zur Last fallen. Dieser Ausspruch hat aber nicht die Bedeutung einer Verurteilung; einer anderweitigen Beschlußfassung der Generalversammlung, ob die Kosten mit Einschluß der gerichtlichen von der Gesellschaft getragen werden sollen, wird dadurch nicht vorgegriffen (vgl. o. Ziff. 2 zu § 254 HGB.).

§ 146. I. Abs. 2. Antrag. Marcus, HoldheimsMSchr. **06** 16. Gegen die Bestimmung des Registergerichts über die Führung des Vorsitzes in der Generalversammlung gemäß § 254 HGB. findet sofortige Beschwerde statt, auch wenn die Bestimmung über den Vorsitz ohne Antrag getroffen ist.

II. Anhörung. ZBlFG. **7** 309 (KG.). Eine Anhörung des Beteiligten i. S. des Abs. 1 kann nicht darin erblickt werden, daß irgendein von ihm unterzeichnetes, auf die Angelegenheit bezügliches Schriftstück vorliegt. Die Anhörung muß im Laufe des Verfahrens erfolgen und vom Gericht angeregt werden, um dem Beteiligten Gelegenheit zu geben, zu einem Antrage Stellung zu nehmen und seine Rechte zu wahren.

§ 147. KGJ. **32** A 164 (KG.). Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind seit dem G. v. 12. 5. 01 über die privaten VU. der Rechtsform der Genossenschaft nicht mehr zugänglich. Ist ein solcher Verein versehentlich in das Genossenschaftsregister eingetragen, so kann er nachträglich von Amts wegen gelöscht werden.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

§ 159. I. Josef, BuschsZ. **35** 551, R. **06** 1071. Die Eintragung in das Vereinsregister hat derart konstitutive Kraft, daß, solange sie besteht, für das Prozeßgericht jede Nachprüfung ihrer Richtigkeit ausgeschlossen ist. AM. Altmann, R. **06** 922.

II. **a)** BadNotZ. **06** 50 (LG. Karlsruhe). Die Eintragung eines Vereins zum Vereinsregister kann nicht versagt werden, weil in dem Statut die Geschäftsführung durch eines der mehreren Vorstandsmitglieder zugelassen wird. **b)** RJA. 6 205, KGJ. **31** A 220, ZBlFG. **6** 720, R. **06** 398 (KG.). Der Notar, welcher die Unterschriften der Unterzeichner der Anmeldung eines Vereins beglaubigt, einen Eintragungsantrag aber nicht gestellt hat, ist gemäß § 129 FGG. zu einem Antrag auf Berichtigung des Registers, daß der nach dem Inhalt der Anmeldung aus den Unterzeichnern bestehende Vorstand nur aus dem Vorsitzenden und einem weiteren Mitglied des in der Satzung als Vorstand bezeichneten Personenkreises im Sinne des Gesetzes bestehe, nicht berechtigt, wohl aber zu dem auf den Inhalt der Anmeldung sich gründenden Antrag auf Ergänzung der Eintragung dahin, daß der Verein durch die genannten zwei Vorstandsmitglieder gerichtlich und außergerichtlich vertreten werde. **c)** ZBlFG. **7** 393 (LG. Wiesbaden). Gegen die Zwischenverfügung des Registerrichters, die die Zulassung des Eintragungsantrags von der Behebung eines Mangels abhängig macht, findet einfache Beschwerde gemäß § 19 FGG. statt.

§ 161. **a)** KGJ. **32** A 176, OLG. **12** 303 (KG.). Das Güterrechtsregister ist nicht zur Widerlegung der praesumtio Muciana bestimmt. Eintragungsfähig ist nur, was Gegenstand des Ehevertrags bildet, nicht aber können durch Aufzählung dessen, was die Frau zur Zeit besitzt, Tatsachen mit Wirkung gegen die Gläubiger des Mannes eingetragen werden. (Vgl. o. zu § 1362 BGB.) **b)** OLG. **12** 300 (Hamburg). Die Eintragung des infolge Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eintretenden Wegfalls der Schlüsselgewalt gibt der Frau kein Beschwerderecht. **c)** PfälzRpr. **2** 56 (LG. Aschaffenburg). In Bundesstaaten, in denen der Notar Behörde ist, bedarf es zum Nachweise seines Antragsrechts

nicht der Einreichung der beurkundeten Erklärungen, sondern genügt seine amtliche Bestätigung, daß die Urkunde von ihm errichtet ist, und die für die Eintragung erforderliche Bekanntgabe des Inhalts der Urkunde.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Untersuchung und Verwahrung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 163. Offenbarungseid. Josef, ZBlFG. 6 820. Das Gericht hat, wenn der zur Eidesleistung Geladene den Offenbarungseid leisten will, den Eid abzunehmen, auch wenn es eine Verpflichtung des Geladenen nach § 259 BGB. verneint, weil die Auskunft sorgfältig erteilt sei oder eine geringer bedeutungsvolle Angelegenheit vorliege. — Über die Verpflichtung zur Eidesleistung kann nicht im Verfahren der FG., sondern nur im Prozeß entschieden werden. Der Geladene kann deshalb mit der Beschwerde im Verfahren der FG. nicht geltend machen, dem Antragsteller stehe kein Recht auf Eidesleistung zu.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Literatur: Josef, Die Beurkundung der Entlastung des Vormundes. Ausfertigung und beglaubigte Abschrift in der FG. sowie der Begriff der Vollmachtsurkunde im § 172 BGB., GruchotsBeitr. **50** 624 ff.

Vor § 167. I. Über die Streitfrage, ob die Beurkundung von Rechtsgeschäften den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist, vgl. zu § 1.

II. Materielles Geltungsgebiet. 1. *Wellstein, Komm. Vorbem. 30 zum 10. Abschn. Die Vorschriften des RGes., betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. 5. 78 (RGBl. 89) werden durch das FGG. insoweit nicht berührt, als sie sich auf die Wirksamkeit öffentlicher Urkunden im Verkehre beziehen. Auf dem reichsgesetzlich geordneten Gebiete des bürgerlichen Rechtes hat die von dem Gericht oder Notar eines Bundesstaats innerhalb seiner Zuständigkeit aufgenommene Urkunde auch ohne besondere Legalisation im ganzen Reiche Wirksamkeit und ist als öffentliche Urkunde zu behandeln. — Ebenso Josef, Komm. Vorbem. I zum 10. Abschn. Anm.

2. Sonstige Tatsachen. **a)** *Wellstein § 168 Anm. 5. Für die Beurkundung von Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, gelten die §§ 168—182 im allgemeinen nicht. Sie gelten nur, soweit sie gesetzlich (z. B. § 259 HGB. für Beschlüsse der Generalversammlungen von Aktiengesellschaften) oder (für andere Vereinigungen) satzungsgemäß vorgeschrieben sind; im übrigen sind die Landesgesetze maßgebend. **b)** Josef, JW. **06** 625. α. Sonstige Tatsachen, deren Beurkundung landesgesetzlich in Art. 31 PrFGG. den AG. und Notaren übertragen sind, zerfallen in Erklärungen nicht rechtsgeschäftlicher Art und Tatsachen, die nicht in Erklärungen bestehen. Im ersteren Falle kann die Beurkundung nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Rechtserheblichkeit der abgegebenen Erklärung nicht erkennbar ist, wohl aber wenn offensichtlich, insbes. nach den eigenen Erklärungen des Antragstellers der verlangten Beurkundung jeder Zusammenhang mit der Rechtsordnung abgeht. β. Für die Beurkundung „sonstiger Tatsachen" ist die Zuständigkeit der AG. und Notare nur unter der doppelten Voraussetzung gegeben, daß die Beurkundung weder ein Urteil in sich schließt, noch auch zum Geschäftskreise einer anderen Behörde gehört. Die Beurkundung von Tatsachen, die für das öffentliche Recht erheblich sind, ist von der Zuständigkeit nicht ausgeschlossen.

3. Anderweites Verfahren. **a)** *Wellstein § 168 Anm. 4. Da die Beurkundung von Rechtsgeschäften keinem Zweige der gerichtlichen Tätigkeit eigentümlich und nicht nur dem Richter der FG. außerhalb eines Verfahrens vorbehalten ist, können Beurkundungen in einem bei Gericht anhängigen Verfahren nach den für jede Verfahrensart maßgebenden Vorschriften gültig statt-

haben, sofern sie nur integrierende Bestandteile dieses Verfahrens sind. Das gilt namentlich für den Prozeß (§ 160 Ziff. 1, § 510 ZPO.). — Dagegen sind Beurkundungen, welche zu dem Zwecke vorgenommen werden, um die Urkunden im Verfahren zu verwenden, z. B. gerichtliche Schuld- und Pfandverschreibungen, um auf Grund derselben die Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister vorzunehmen, selbständige Beurkundungen, deren Form sich nach den §§ 168 bis 182 richtet. Nur mit dieser Maßgabe kann zugegeben werden, daß die Vorschriften des 10. Abschnitts dieses Gesetzes z. B. auch auf Grundbuchsachen Geltung haben. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich sofort, wenn für diese Angelegenheiten andere als gerichtliche Behörden zuständig sind. **b)** Josef, Komm. Vorbem. II, IV zum 10. Abschn. Beurkundungen von Rechtsgeschäften haben nach Vorschrift des 10. Abschn. zu erfolgen, gleichgültig, ob sie selbständige oder Bestandteile eines anhängigen Verfahrens sind. Dies gilt auch für die Beurkundung einer Auflassung vor dem Gericht oder Notar, dagegen nicht für die Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte, die nach den Vorschriften der ZPO. zu erfolgen hat. **c)** **RG.** JW. **06** 685 Nr. 5, DNotV. **06** 758. Die Vorschriften des FGG. über die gerichtliche und notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften beziehen sich nicht auf die in den Gesetzen anderweit geregelte Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte. Wird insbes. ein Rechtsgeschäft, das nach bürgerlichem Rechte der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, in der prozessualischen Form des Vergleichs, des Verzichts oder der Anerkennung vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Formen der ZPO. zu erfolgen (ZPO. §§ 159 ff., § 160 Abs. 2 Ziff. 1, § 794 Ziff. 1). Vgl. die Vorbem. zum 1. Abschn.

III. Örtliche Zuständigkeit. *Wellstein § 167 Anm. 1 f. Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften und Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen kann von örtlicher Zuständigkeit keine Rede sein. Die hiervon zu scheidende Frage, ob der beurkundende Richter bzw. Notar den ihm angewiesenen Amtsbezirk überschreiten darf, ist vom reichsrechtlichen Standpunkte aus zu verneinen, da die landesgesetzlichen Vorschriften über den Amtsbezirk der Urkundsbeamten nicht zu den „Vorschriften über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden" i. S. des Art. 151 EGBGB. und des § 200 Abs. 2 FGG., sondern zu dem der Landesgesetzgebung unterstehenden Gebiete der Behördenorganisation gehören. Danach ist eine unter Überschreitung des Amtsbezirks vorgenommene gerichtliche oder notarielle Beurkundung nur gültig, sofern landesgesetzlich den Vorschriften über die Abgrenzung der Amtsbezirke die Bedeutung von Ordnungsvorschriften gegeben ist (z. B. in Art. 39 PrFGG.). Reichsgesetzlich erleidet die Unzulässigkeit der Bezirksüberschreitung die Einschränkung aus § 167 GVG. Die Anwendung dieser Vorschrift aber hängt davon ab, ob man die Beurkundung von Rechtsgeschäften zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der FG. zählt (vgl. zu § 1).

§ 167. PosMschr. **06** 43 (LG. Graudenz) s. o. Ziff. 1 zu § 1706 BGB.

§ 168. 1. Beurkundung der Entlastung. Josef, GruchotsBeitr. **50** 624 ff. s. o. Ziff. 3 zu § 1892 BGB.

2. Verfügungen von Todes wegen. *Siméon, Recht u. Rechtsgang II 115. Die gesonderte Behandlung der Verfügungen von Todes wegen, die ohne Zweifel auch „Rechtsgeschäfte" sind, erklärt sich rein äußerlich aus der früheren Fertigstellung des BGB. Die entsprechenden Vorschriften des FGG. und des BGB. stimmen fast wörtlich überein. Gleichwohl ist es streitig, ob etwaige Lücken dieser Vorschriften des BGB. durch entsprechende Anwendung der gleichartigen Bestimmungen des FGG. ergänzt werden dürfen. Die D. z. FGG. meint, daß hier vielmehr die landesrechtlichen Vorschriften über Urkundserrichtung einzugreifen haben.

Indessen sind diese, soweit sie rechtsgeschäftliche Urkunden betreffen, durch die Ausführungsgesetzgebung außer Kraft gesetzt (z. B. die entsprechenden Titel der AllgGO. durch PrFGG. Art. 144 Nr. 1). Der Hinweis auf das Testamentsverfahren des BGB., den der § 168 FGG. enthält („unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen"), kann im Gegensatze zur D. sehr wohl dahin verstanden werden, daß die Grundsätze des FGG. anwendbar sein und nur die vom FGG. abweichenden Vorschriften der §§ 2233 ff. BGB. unberührt bleiben sollen. Innere Gründe sprechen gewiß nicht dafür, das Verfahren und das Formenwerk bei der Errichtung von Testamenten und von Rechtsgeschäften unter Lebenden verschieden zu gestalten.

§ 170. I. *Wellstein § 170 Anm. 1. Die §§ 170—172 enthalten zwingende Bestimmungen, deren Nichtbeachtung der Urkunde den Charakter der öffentlichen entzieht. In Konsequenz des § 7 aber — vorausgesetzt, daß dieser, wie überhaupt der 1. Abschnitt, auf den 10. Abschnitt anwendbar ist; vgl. Vorbem. zum 10. Abschn. — müßte die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters auf die Wirksamkeit der Beurkundung ohne Einfluß sein. Aus der Entstehungsgeschichte des hier interessierenden Teiles des § 7 ergibt sich aber, daß diese Vorschrift hier nicht anwendbar ist.

II. HessRspr. **7** 118 (LG. Mainz). Der Notar kann als Gläubiger nicht seine zugunsten des Schuldners abgegebene Löschungsbewilligung beurkunden. § 171, der von der materiellen Beteiligung handelt, steht zwar nicht entgegen, wohl aber § 170, der die formale Beteiligung betrifft.

§ 171. Literatur: Fuchs, Zur Auslegung des § 171, ZBlFG. **6** 489. — Josef, Die Ausschließung des Notars von Beurkundungen in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker und Konkursverwalter, BadNotZ. **06** 178.

I. 1. *Fuchs, ZBlFG. **6** 489 ff. Verfügung zugunsten einer Person im Sinne dieses Paragraphen ist jede rechtsgeschäftliche Verfügung, die eine günstigere Rechtslage für die betreffende Person schafft. Nicht erforderlich ist eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage oder gar eine Vermögensvermehrung, ferner nicht, daß die Absicht des Verfügenden auf die günstigere Gestaltung der Vermögenslage gerichtet war. Ob das Rechtsgeschäft ein abstraktes oder ein kausales ist, macht keinen Unterschied. Unter § 171 fallen Quittungen, Schuldverschreibungen (Schuldbekenntnisse), Schuldanerkenntnisse, Löschungsbewilligungen, Verzichte, Erlasse, Bürgschaftsübernahmen, Vorrechtseinräumungen, Vertragsanerbieten, Annahmeerklärungen von Vertragsanerbieten, Verträge im allgemeinen, Verträge auf Leistung an einen Dritten, dagegen nicht die Erteilung einer Vollmacht (abweichend vom KG., ZBlFG. **2** 836 ff.); denn die durch die Vollmacht erteilte Vertretungsmacht ist kein Recht im subjektiven Sinne. Es ist deshalb auch zulässig, daß der Notar die Erklärung des Vormundes, wonach das Vormundschaftsgericht die Genehmigungsverfügung dem Notar zugehen lassen, dieser sie auch dem Vertragsgenossen des Vormundes bekannt machen soll, oder auch nur die Ermächtigung des Notars, den Antrag auf Erteilung der Genehmigung beim Vormundschaftsgericht zu stellen, beurkundet. — Ebenso bez. der Vollmacht Weißler, DNotV. **06** 138; aM. ZBlFG. **6** 885 (anonym).

2. Dagegen Josef, R. **06** 925, auch BadNotZ. **06** 184. Eine Verfügung zugunsten des Mitwirkenden liegt nur vor, wenn sie unmittelbar die Verbesserung der Rechtslage des Dritten bewirkt und diese Verbesserung zugleich ihr Beweggrund und Zweck ist. Die Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Grundstück, auf welchem für den beurkundenden Notar eine vom Käufer zu übernehmende Hypothek haftet, ist deshalb zulässig, da nicht schon die Übernahmeerklärung des Käufers, sondern erst die Mitteilung des Verkäufers und die Genehmigung des Gläubigers für diesen einen Rechtserwerb zur Folge hat und

nicht die Verbesserung der Rechtslage des Gläubigers, sondern nur die Regelung der Zahlungspflicht zwischen Käufer und Verkäufer bezweckt wird. — (Vgl. JDR. **4** § 171 I.) — Die Vollmachtserteilung ist dagegen eine Verfügung zugunsten der Bevollmächtigten.

3. Josef, BadNotZ. **06** 178. Der Notar, welcher Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter ist, kann eine zugunsten der von ihm verwalteten Konkurs- oder Nachlaßmasse getroffenen Verfügung beurkunden. Daraus, daß er durch sein Amt das selbständige Verwaltungs- und Verfügungsrecht betreffs der Konkurs- oder Nachlaßmasse erlangt, folgt noch nicht, daß in der Urkunde zugleich eine Verfügung zugunsten des Notars getroffen werde. Denn eine solche liegt nicht schon dann vor, wenn die Erklärung nur die Entstehung von Rechten für den Notar zur Folge hat, sondern erst dann, wenn unmittelbar nach der Absicht der Erklärenden die Rechtslage des Notars verbessert werden soll. AM. KG. unter IIb.

II. Rechtsprechung. **a)** ZBlFG. **6** 884, DNotV. **06** 759 (LG. Wiesbaden). Der beurkundende Notar kann in einem Kaufvertrage Auflassungsvollmacht auf sich selbst aufnehmen. Die Vollmacht gibt dem Bevollmächtigten kein Recht, das seinen Rechtskreis erweitert, sondern nur eine Vertretungsmacht. Zugunsten eines anderen ist eine Verfügung nur dann getroffen, wenn sie unmittelbar dessen Vorteil bezweckt. Es ist daher im Einzelfalle zu entscheiden, ob die Vollmacht eine Verfügung zugunsten des Bevollmächtigten ist. Das ist nicht der Fall, wenn die Parteien im eigenen Interesse die Vollmacht erteilt haben. **b)** OLG. **12** 232 (KG.). Eine Schuldverschreibung für ein Darlehen, das dem Schuldner aus einem Nachlaß durch die ihn verwaltenden Testamentsvollstrecker gewährt ist, und eine Hypothekbestellung für diese Schuld ist unwirksam, wenn der beurkundende Notar einer der Testamentsvollstrecker ist. Vgl. JDR. **4** § 171 II. AM. Weißler, DNotV. **06** 268.

§ 173. 1. Zu Ziff. 2, 3. Neumeyer, ZStW. **27** 41. Die Verurteilung muß im Inland erfolgt sein. Vgl. auch Art. 11 EGBGB. Ziff. I.

2. Zu Ziff. 4. Peltasohn, DJZ. **05** 1163. In Preußen darf der Bureauvorsteher eines Notars bei dem Notarsvertreter als Zeuge oder Dolmetscher mitwirken (Art. 101 PrFGG.).

§ 174. 1. *Wellstein § 174 Anm. 2. Nicht notwendig ist die Anwesenheit der Mitwirkenden bei der ganzen Verhandlung. Es steht vielmehr nichts im Wege, daß der beurkundende Richter oder Notar, nachdem er die Erklärung entgegengenommen, das Protokoll auf dem Bureau anfertigen und dasselbe sodann in seiner und der sonst etwa mitwirkenden Personen Gegenwart vorlesen, genehmigen und unterschreiben läßt.

2. Oppler, ElsLothJZ. **06** 595. Die stückweise Beurkundung, Vorlesung und Unterzeichnung von Willenserklärungen einzelner Beteiligter ist unzulässig. Die Einheitlichkeit der Verhandlung in bezug auf Zeit und Ort muß insofern gewahrt werden, als in Anwesenheit der mitwirkenden Personen das gesamte über alle Erklärungen der Beteiligten aufgenommene Protokoll allen Beteiligten vorgelesen und von ihnen sowie den mitwirkenden Personen unterschrieben werden muß.

§ 175. Nachdem vom KG. (RJA. **2** 209 und KGJ. **22** A 202) der Grundsatz aufgestellt ist, daß eine Privatschrift durch Hinzufügung einer Eingangs- und Schlußformel von der Hand des Gerichtsschreibers zwar den äußeren Anschein eines Gerichtsschreiberprotokolls erhalte, aber nicht als eine „Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers" erachtet werden könne, verallgemeinert *Wellstein § 175 Anm. 2 diesen Grundsatz und erachtet, daß ein in dieser Art von

einem Richter oder Notar hergestelltes protokollähnliches Schriftstück kein Protokoll im Sinne des § 175 bedeute, sondern nichtig sei.

§ 176. Literatur: Josef, Unrichtigkeit in der Angabe von Ort und Tag, in der Bezeichnung der Beteiligten und in der Wiedergabe der Erklärungen bei rechtsgeschäftlichen und nichtrechtsgeschäftlichen Urkunden, SeuffBl. **06** 700.

I. Abs. 1. **a)** Josef, SeuffBl. **06** 700. Unrichtige Beurkundung der Erklärungen und unrichtige Bezeichnung der Beteiligten nnd Mitwirkenden entzieht dem Protokoll nicht die Eigenschaft einer öffentl. Urkunde. Das gleiche gilt für die unrichtige Angabe des Ortes und Tages der Verhandlung. Denn diese sämtlichen Erfordernisse des Protokolls werden durch die Fassung des § 176 in ihrer Bedeutung einander gleichgestellt. Gerichtliche und notarielle Urkunden über rechtsgeschäftliche Erklärungen sind deshalb rechtsgültig, auch wenn Ort und Tag der Verhandlung in ihnen unrichtig angegeben ist. Ebenso ist bei Zeugnissen und Urkunden über nichtrechtsgeschäftliche Erklärungen, sofern sie nur die vorgeschriebene Tagesangabe enthalten, die Unrichtigkeit dieser Angabe unschädlich. **b)** OLG. **10** 319 (KG.). Die Forderung, daß das Protokoll die Bezeichnung der mitwirkenden Personen enthalte, ist erfüllt, wenn die Bezeichnung so steht, daß sie vom Vollziehungsvermerke und von der Unterschrift gedeckt wird. Das ist der Fall, wenn die Namen der mitwirkenden Personen seitlich des Protokolltextes oberhalb der Erklärung der Beteiligten stehen. **c)** DNotV. **06** 760, PosMschr. **06** 102 (LG. Graudenz). Da unter „Protokoll" i. S. des § 176 die ganze Verhandlung einschließlich der Unterschriften zu verstehen ist, wird die Gültigkeit einer Urkunde nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie die Bezeichnung des mitwirkenden Richters nicht im Text, sondern nur in der Unterschrift enthält. — Ebenso, wenn auch ohne ausdrückliche Entscheidung der Frage, im wesentlichen **RG.** SeuffBl. **06** 600, JW. **06** 53; aM. Weißler, DNotV. **06** 761. **d)** ElsLothNotZ. **06** 372 (LG. Colmar). Die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu prüfen, liegt dem Richter oder Notar unter eigener Verantwortlichkeit ob. Sie im Protokoll besonders festzustellen, ist er nicht verpflichtet.

II. Abs. 2. **RG. 61** 145. Die dem Protokoll als Anlage beigefügte Schrift muß vorgelesen und genehmigt werden, um einen Teil des Protokolls zu bilden (gegen Dresden, vgl. IDR. **4** § 177 zu II).

III. Abs. 3. Identitätsfeststellung. **a)** Josef, Komm. § 176 Anm. 7. Die Aufführung eines Beteiligten auch ohne ausdrückliche Identitätsfeststellung beweist nach § 415 ZPO. für sich allein dessen Identität, sofern nicht beurkundet ist, daß die Verhandlung ohne Identitätsfeststellung nach Abs. 3 Satz 2 aufgenommen ist. Dem Grundbuchamt steht eine Nachprüfung des Vermerks, in welcher Weise die Identität festgestellt ist, nicht zu. **b)** Auch *Wellstein, Komm. § 176 Anm. 4b, hält die entgegengesetzte Ansicht des KG. (KGJ. **21** A 188, vgl. auch unten d) für zu weitgehend, weil die Eingangsformel, daß eine nach Name, Stand und Wohnort bezeichnete Person erschienen ist, auch ohne ausdrückliche Identitätsfeststellung besagen will, daß nach Überzeugung des instrumentierenden Richters diese Person und keine andere erschienen ist, der Richter also die Gewißheit ihrer Identität gehabt hat. **c)** DNotV. **06** 761, ElsLothNotZ. **06** 284, R. **06** 944 (Colmar). Die Art und Weise, in welcher der Richter oder Notar sich Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten verschafft hat, braucht im Protokoll nicht angegeben zu werden. Die Beweiskraft der Urkunde für das Erscheinen einer bestimmten Person wird durch diesen Verstoß gegen die bloße Sollvorschrift des Abs. 3 nicht beeinträchtigt. Auch für den Grundbuchrichter ist die Persönlichkeitsfeststellung nach § 418 ZPO. bis zum Beweise des Gegenteils bindend. **d)** AM. KGJ. **31** A 245 (KG.). Dem Er-

fordernisse der Angabe im Protokoll, in welcher Weise sich die Urkundsperson Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten verschafft hat, genügt nicht die Bezeichnung der Beweismittel nach Kategorien (Zeugen, Urkunden); vielmehr müssen die konkreten Beweismittel angegeben werden. Ist den Vorschriften über die Identitätsfeststellung nicht genügt, so beeinträchtigt dies zwar nicht die Rechtswirksamkeit der Erklärung als einer öffentlich beurkundeten; dagegen ist dann der urkundliche Nachweis der Identität (auch gegenüber dem Grundbuchamte) nicht erbracht.

§ 177. Literatur: Josef, Die Unterzeichnung von privatschriftlichen und öffentlichen Urkunden mit dem Vornamen und fälschlich geführten Namen, ACivPr. **100** 418 ff — Meikel, Ist die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchbeamten eine schriftliche oder eine mündliche Erklärung? SeuffBl. **06** 474. — Schultze-Görlitz, Über die Fähigkeit eines Blinden zur Unterzeichnung des Protokolls über eine öffentliche Beurkundung, ZBlFG. **7** 468 ff.

I. 1. Josef, ACivPr. **100** 418 ff. Die mit einem anderen Namen als dem Familiennamen erfolgte Unterschrift genügt dem Formerfordernis der öffentlichen Urkunde und ist materiell rechtswirksam, sofern nur über die Ernstlichkeit der Erklärung kein Zweifel besteht. Auch dadurch, daß die Unterschrift der Beteiligten sich mit dem in der Urkunde zur Bezeichnung der Beteiligten gebrauchten Namen nicht deckt, wird die Wirksamkeit der Urkunde als öffentlicher nicht beeinträchtigt, da die Feststellung, daß das Protokoll von dem Beteiligten unterschrieben ist, zugleich die Identität des Unterzeichners mit dem als beteiligt Bezeichneten ergibt und die Nichtübereinstimmung z. B. durch Klarlegung eines Vertreter- oder Firmenverhältnisses aufzudecken ist. Auch wenn die unrichtige Bezeichnung des Beteiligten auf einem Versehen des Urkundsbeamten beruht, hat die Nichtübereinstimmung dieser Bezeichnung mit der richtigen Unterschrift die Nichtigkeit der Urkunde als öffentlicher nicht zur Folge; vielmehr kann in allen Fällen, insbes. bei geringfügigen Abweichungen, die Unrichtigkeit der Bezeichnung durch ein bloßes Nachtragszeugnis der Urkundsperson beseitigt werden.

2. Meikel, SeuffBl. **06** 474 ff. Die Erklärung zu Protokoll ist eine mündliche, nicht eine schriftliche. Das Protokoll ist nicht die Erklärung, sondern es enthält sie. Es wird über die Erklärung aufgenommen, ist die Beurkundung der Verhandlung, die über die Abgabe der Erklärung gepflogen wurde. Die Unterschrift des Protokolls durch den Erklärenden ist in gleicher Weise Beurkundungserfordernis, wie die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls sowie dessen Unterzeichnung durch die mitwirkenden Personen.

3. *Schultze-Görlitz, ZBlFG. **7** 468. Ein Blinder ist zur Leistung einer Unterschrift i. S. des § 177 unfähig. Er kann weder wissen, ob er ein leeres oder beschriebenes Blatt unterschreibt, noch ob das ihm zur Unterschrift vorgelegte Blatt den behaupteten Inhalt hat, noch ob die Stelle, die ihm zur Anfertigung der Unterschrift angegeben ist, der Platz ist, wohin die Unterschrift gehört. Da die Unterschrift zngleich zur Bestätigung des protokollarischen Vorganges durch den Beteiligten dienen soll, dient eine etwaige Namensschrift des Blinden nicht dem Zwecke des Gesetzes. Es ist deshalb nach Abs. 2 zu verfahren. Die Erklärung, blind zu sein, umfaßt zugleich die Erklärung, nicht schreiben zu können. Vgl. für das frühere PrALR. Entsch. des OTr. **27** 329 und RG., GruchotsBeitr. **36** 1002. AM. Jastrow, Formularbuch § 177 Anm. 7e und Josef, DNotV. **5** 345. Vgl. IDR. **4** § 177 zu 2.

4. *Wellstein § 177 Anm. 2a. Die Vorlesung des Feststellungsvermerks ist entbehrlich, weil die entgegengesetzte Ansicht zu einer endlosen Reihe von Feststellungen und Vorlesungen führen muß, die Vorschrift also unausführbar machen würde. —

5. Cordes, DJZ. 06 476. Die Unterschrift der Urkundsperson muß sich räumlich unter der Unterschrift der Beteiligten befinden.

II. a) **RG. 62** 1, RJA. 7 45, ZBlFG. 7 94, DNotV. **06** 213 (unter Aufgabe der DNotV. **05** 652, JW. **05** 541 vertretenen Rechtsauffassung und in Übereinstimmung mit Josef, Lehrb. 414, Dorner, Komm. Anm. 1b zu § 177, Wellstein Anm. 3; vgl. JDR. **4** § 177 II). Die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen unterschrieben ist, darf bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Rechtsgeschäften den Unterschriften der Beteiligten nachfolgen. Nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes, das im § 177 den Verhandlungs- und Beurkundungsvorgang und damit die Entstehung des Protokollabschlusses regelt, ist unter „Protokoll" an dieser Stelle nicht die fertige, sondern die in der fortschreitenden Vollendung begriffene Urkunde, d. h. ein seine Beschaffenheit veränderndes Schriftstück zu verstehen. Die mitwirkenden Personen bekräftigen mit ihren, nach § 177 Abs. 3 an das äußerste Ende der Urkunde zu setzenden Unterschriften den Gesamtinhalt aller den Verhandlungs- und Beurkundungsvorgang betreffenden Protokollangaben als richtig. Dies gilt von dem im Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Feststellungsvermerk auch in dem Falle, wenn er den Unterschriften der Beteiligten vorangestellt ist. Die rechtlich unwesentliche Mitunterzeichnung des Feststellungsvermerks durch die Beteiligten ist deshalb wohl zulässig, aber nicht notwendig. Dafür spricht auch der Umstand, daß die vorgeschriebene Feststellung außerhalb des eigentlichen Gegenstandes der Beurkundung liegt, und die den Vorschriften der §§ 176 und 177 zugrunde liegende Tendenz, nach Möglichkeit eine Formungültigkeit abzuwenden (zustimmend besprochen von Warneyer, SeuffBl. **06** 216, Herold, SächsRpflA. **06** 263). **b**) RJA. **7** 181 (KG.). Durch die Unterzeichnung des am Schlusse der Urkunde stehenden Vermerkes seitens der mitwirkenden Personen wird auch die neben oder unterhalb aller oder einiger Unterschriften der mitwirkenden Personen stehende Unterschrift des Beteiligten gedeckt (für Testamente). **c**) SächsOLG. **27** 263 (Dresden). Ort und Tag der Verhandlung muß in dem vorgelesenen, genehmigten und unterschriebenen Teile des Protokolls enthalten sein. Ein Mangel in dieser Hinsicht wird auch durch die Zeitangabe „heute" im Protokolle nicht ersetzt. **d**) Abs. 2. **RG.** JW. **06** 309 Ziff. 15, DNotV. **06** 362. Der Vermerk, daß ein Beteiligter nicht schreiben könne, darf hinter dem Vermerke der Vorlesung und Genehmigung stehen.

§ 178. *Siméon II 116. Bei Verfügungen von Todes wegen kann ein Taubstummen-Dolmetscher nicht vorkommen. Denn ein stummer Erblasser kann nur durch „Übergabe einer Schrift" testieren und muß dabei die im § 2243 BGB. bezeichnete Erklärung in das Protokoll hineinschreiben. Der schreibensunkundige (oder minderjährige) Stumme kann daher überhaupt nicht von Todes wegen verfügen.

§ 179. I. 1. *Wellstein § 179 Anm. 1, gibt eine Darstellung über die Entstehung des Einganges von § 179 und weist nach, daß der Abs. 1 des § 179 gegenüber dem ihm widersprechenden Abs. 3 das Übergewicht hat und daß die Erklärung eines Beteiligten, er sei der deutschen Sprache nicht mächtig, allein ausreichend ist, um den beurkundenden Beamten zu nötigen, einen vereideten Dolmetscher zu der Beurkundung zuzuziehen.

2. Josef, Komm. § 179 Anm. 1. Die Beurkundung eines verdolmetschten Rechtsgeschäfts ist nichtig, wenn der Richter gemäß Abs. 1 auf Grund der Erklärung des Beteiligten einen Dolmetscher zugezogen, die Feststellung aus Abs. 3 aber nicht ausgesprochen hat. Daraus folgt die Pflicht, die Beurkundung abzulehnen, wenn der Richter die Erklärung des Beteiligten für wahrheitswidrig hält oder an ihrer Richtigkeit zweifelt.

II. DNotV. **06** 502 (OStA. Colmar). a) Das Protokoll muß ersehen lassen, daß die Vereidigung des Dolmetschers die Mitwirkung bei notariellen Beurkundungen mitbegreift, oder daß auf die Beeidigung verzichtet ist. b) Neben dem vorgeschriebenen Vortrag des Protokolls in fremder Sprache muß nach § 177 Abs. 1 FGG. noch eine Vorlesung in deutscher Sprache miterfolgen, wenn andere der deutschen Sprache mächtige Beteiligte oder Mitwirkende in Frage stehen.

§ 181. 1. Weißler, DNotV. **06** 142. § 181 gilt auch für Grundstücksversteigerungen. Da die Unterschrift des Meistbietenden durch Angabe des Grundes, aus dem sie unterblieb, ersetzt werden kann, ist das Protokoll und damit die Grundstücksveräußerung auch ohne Unterschrift, die das Gesetz ausdrücklich als entbehrlich bezeichnet, gültig abgeschlossen (gegen Rau JDR. 4).

2. *Franz, Zur Entstehungsgeschichte des § 181, 162—167, DNotV. **06** 161 ff. a) Im Falle des Satz 2 ist nicht nur die Unterschrift, sondern auch die Vorlesung und Genehmigung entbehrlich (168). Satz 2 findet Anwendung, auch wenn sich der Bieter entfernt, bevor ihm der Zuschlag erteilt worden ist (170), findet keine Anwendung im Falle der Weigerung der Unterschrift (171), gilt auch für Grundstücksversteigerungen (173), sowie für die im Anschluß an den Zuschlag zu beurkundende Auflassung und sonstige Grundbucherklärungen (174). b) „Vornahme und Beurkundung der Versteigerung". Der die Versteigerung vornehmende Urkundsbeamte kann den von ihm selbst erteilten Zuschlag beurkunden, und zwar nicht nur bei öffentlichen Versteigerungen (i. S. des § 383 BGB.), sondern auch bei rein freiwilligen, für Rechnung des Auftraggebers vorgenommenen Versteigerungen (183).

§ 182. Josef, GruchotsBeitr. **50** 634 ff. Die Ausfertigung unterscheidet sich von beglaubigter Abschrift nur dadurch, daß 1. die Ausfertigung nur von der die Urschrift verwahrenden Behörde, die begl. Abschrift aber von jedem Urkundsbeamten hergestellt werden kann, 2. die beglaubigte Abschrift von Urkunden jeder Art, insbes. auch von Privaturkunden hergestellt werden kann, während das Gesetz eine „Ausfertigung" nur bei gerichtlichen und notariellen Urkunden rechtsgeschäftlichen wie nichtrechtsgeschäftlichen (Artt. 45, 53 PrFGG.) Inhalts kennt. Deshalb können Privaturkunden, z. B. eigenhändige Testamente, und nach Art. 53 PrFGG. auch Urkunden der Gerichte, sofern die Beurkundung einen Teil eines anderen Verfahrens der FG. bildet, z. B. Protokolle über die Testamentseröffnung, nicht ausgefertigt werden. — Ist die begl. Abschrift von der Urschrift der Verhandlung oder der Verfügung hergestellt, so ist es gleichgültig, ob sie sich als Ausfertigung oder als begl. Abschrift bezeichnet, da auch die Ausfertigung nur eine begl. Abschrift mit der Besonderheit ist, daß sie an Stelle des Beglaubigungsvermerks den Ausfertigungsvermerk trägt.

§ 183. 1. Allgemeines. **a**) Bollenbeck, RheinNotZ. **05** 229. Die Gültigkeit der Beglaubigung der echten Unterschrift wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Unterschrift vor dem Notar nicht vollzogen oder anerkannt ist, oder daß die Vollziehung oder Anerkennung im Auslande oder außeramtlich vom Notar entgegengenommen ist. **b**) DNotV. **06** 774 (Colmar). Wenn auch der Beglaubigungsvermerk nicht unmittelbar nach Vollziehung der Unterschrift gemacht werden muß, so darf doch eine Beglaubigung dann nicht mehr vorgenommen werden, wenn seit der Vollziehung der Unterschrift eine so lange Zeit verflossen ist, daß der Richter oder Notar sich nicht mehr ganz bestimmt an die Tatsache der Vollziehung erinnert. **c**) WürttJ. **18** 308 (Stuttgart). Die Ausschließungsgründe der §§ 170 ff. finden auf die Beglaubigung von Unterschriften keine Anwendung. — MecklZ. **24** 219, DJZ. **06** 492 (Rostock). Deshalb ist eine Beglaubigung nicht ungültig, weil die Zession, deren Unterschrift beglaubigt ist, auf den beglaubigenden Notar lautet.

2. Blankettunterschriften. *Wellstein § 183 Anm. 3. Die Beglaubigung von sog. Blankettunterschriften ist zulässig.

3. Prüfung der Geschäftsfähigkeit. *Wellstein Anm. 6. Wo nach der Landesgesetzgebung dem beglaubigenden Beamten verboten ist, ohne Zustimmung des Beteiligten von der über der Unterschrift stehenden Erklärung Kenntnis zu nehmen, kann der beurkundende Beamte die „für die Erklärung" erforderliche Geschäftsfähigkeit der Beteiligten nicht prüfen. Aber auch soweit die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit im allgemeinen in Belang kommt, ist er nicht berechtigt, die Beglaubigung abzulehnen, wenn er nur Zweifel an der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit hat. Wegen Minderjährigkeit z. B. kann er nicht ablehnen.

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 194. Josef, BadRpr. **06** 11, BadNotZ. **06** 31. Auch wenn nach Landesgesetz für Nachlaßsachen nicht die Gerichte, sondern andere Behörden zuständig sind, haben die Gerichte Rechtshilfe zu leisten. Das ersuchende Nachlaßgericht kann nach seiner Wahl entweder die Gerichte oder die nichtgerichtliche Nachlaßbehörde um Rechtshilfe angehen.

§ 197. Boschan, ZBlFG. **7** 192. Wo die Aufbewahrung des Nebenregisters den Landgerichten zugewiesen ist, findet im Falle der Ablehnung der Vorlegung des Nebenregisters § 19 Abs. 2, wonach über die Beschwerde das LG. entscheidet, nur entsprechende Anwendung dahin, daß das übergeordnete OLG. als Beschwerdegericht tätig zu werden hat, ohne daß noch eine weitere Beschwerde möglich ist.

§ 199. (Vgl. auch § 28.) Abs. 2. KGJ. **31** A 51 (KG.). Die Entscheidung über einen die Abgabe eines Fürsorgeerziehungsverfahrens aus § 46 FGG. betreffenden Streit zwischen zwei in den Bezirken verschiedener OLG. belegenen preuß. Gerichten steht dem KG. zu, da das Fürsorgeerziehungsverfahren den Gerichten durch Reichsgesetz, und zwar durch § 55 StGB. in der Fassung des Art. 34 Ziff. II EGBGB. und durch Art. 135 EGBGB., übertragen ist.

§ 200. Zu dem Vorbehalt: „unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit" und der über dessen Bedeutung bestehenden Streitfrage nimmt *Wellstein § 200 Anm. 2b eine Sonderstellung ein. — Nach Art. 141 EGBGB. steht es den Landesgesetzgebungen frei, entweder die Gerichte oder die Notare von der Zuständigkeit auszuschließen; sie können aber auch ein gemischtes System einführen, indem sie die Zuständigkeit der Gerichte und Notare gleichmäßig nebeneinander bestehen lassen oder auch nur gewisse Beurkundungen dem einen oder anderen Teile vorbehalten. Wählt eine Landesgesetzgebung ein solches gemischtes System, so kann sie auch bestimmen, daß ein Verstoß gegen die so verteilte sachliche Zuständigkeit ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Beurkundung sein solle. Die Tragweite einer solchen Bestimmung würde dann die sein, daß die konkurrierende Zuständigkeit der Gerichte und Notare nach BGB. voll aufrecht erhalten wäre. Ohne solche positive Bestimmung aber zieht ein Verstoß gegen die einmal von der Landesgesetzgebung vorgenommene Verteilung der Zuständigkeit aus Art. 141 EGBGB. stets die Ungültigkeit der Beurkundung nach sich.

Das Reichs-Haftpflichtgesetz

vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des HaftpflG. ist im Berichtsjahre sowohl in der Literatur als in der Rechsprechung manch wichtige Frage zur Erörterung und Klärung

gelangt; namentlich bot die Rechtsprechung wieder reichhaltiges Material für die Auslegung des Gesetzes. Die Auffassung des RG. über die Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf die Fälle des HaftpflG. ist jetzt in der Rechtsprechung der unteren Gerichte durchweg adoptiert worden. Der Hervorhebung bedürfen die Entsch. des RG., in welchen die Anrechnung der aus staatlichen Mitteln fließenden Pensionen auf die von staatlichen Eisenbahnunternehmungen zu zahlenden Entschädigungsrenten als zulässig erklärt wurde (vgl. Bem. I 9 zu §§ 3, 3a) und die Entsch. dieses Gerichtshofes, daß der Anspruch der Witwe mit dem Zeitpunkte des mutmaßlichen Todes des Ehemanns aufhört und sich nicht auf Entrichtung einer Pension erstreckt, die beim Fortleben des Ehemanns bis zu diesem Zeitpunkte fällig sein würde (vgl. Bem. III 2 zu §§ 3, 3a), Von besonderer Wichtigkeit erscheint für die Eisenbahnverwaltung der vom RG. — in gleicher Weise wie vom RVA. für das Gebiet des UVG. — ausgesprochene Satz, daß die durch den sog. Kampf um die Rente hervorgerufenen schädigenden Einflüsse auf die Gesundheit des Verletzten nicht vom Betriebsunternehmer zu vertreten sind (vgl. Bem. I 3 zu §§ 3, 3a). Im übrigen wird auch für das HaftpflG. auf das reichhaltige Material, das zu den §§ 249, 254, 276 und 823 ff. BGB. veröffentlicht ist, hingewiesen.

Literatur: Hammer, Die Haftung der Eisenbahnen bei Verletzung und Tötung von Personen nach dem RG. v. 7. 6. 71, HirthsAnn. **06** 688 ff., 761 ff. — Reindl, Die Haftung der Eisenbahnen bei Verletzung von Reisenden durch Mitreisende, R. **06** 979. — Wussow, Die Haftpflicht der Straßenbahnen (2). Berlin 1905.

§ 1. I. Betriebsunfälle. (Vgl. JDR. **3** u. **4** Bem. I zu § 1 HaftpflG.). 1. *Hammer, HirthsAnn. **06** 762. Der Begriff „Betrieb" im § 1 beschränkt sich nicht auf diejenigen Funktionen eines Eisenbahngewerbes, welche demselben die ihm eigentümliche Gefährlichkeit verleihen (so Eger, Haftpflichtgesetz), sondern umfaßt allgemein alle Handlungen, welche dem eigentlichen Beförderungsgeschäft, einschließlich der unmittelbaren Vorbereitung und Abwickelung dieses Beförderungsgeschäfts, dienen. — Ist ein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang des Unfalls mit dem Betriebe gegeben, so ist es gleichgültig, ob die Verletzung durch eine eigentümliche, außergewöhnliche Gefahr des Betriebs verursacht wurde; es genügt jeder Kausalzusammenhang des Unfalls mit dem Betrieb der Eisenbahn.

2. Lenz, DJZ. **06** 481. Nicht jede Beschädigung bei Gelegenheit des Eisenbahnbetriebs begründet die Haftpflicht des Betriebsunternehmers; andererseits ist aber die Haftpflicht keineswegs beschränkt auf Verletzungen, welche verursacht sind durch die bei der Beförderung auf der Eisenbahn tätigen Naturkräfte, vielmehr tritt die Haftpflicht ein in bezug auf alle Verletzungen, welche unmittelbar oder mittelbar verursacht sind durch Wirkungen der Handhabung und Ausführung des Eisenbahnbetriebs in allen seinen Richtungen, insofern die eigentümliche Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs die Ursache des Unfalls beeinflußte. — Zu den Unfällen „bei" dem Betriebe der Eisenbahn kann man nur solche rechnen, die herbeigeführt werden durch das Betriebsmaterial, sei es unmittelbar oder mittelbar. — Eine Haftpflicht der Eisenbahn für Überfälle während der Fahrt besteht nicht.

3. *Reindl, R. **06** 979. Zu den Unfällen „beim Betrieb" gehören nicht die Verletzungen oder Tötungen bei verbrecherischen Überfällen von Reisenden auf Mitreisende. Die besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebs, welche Anlaß zur Festsetzung der besonders strengen Haftung des Eisenbahnunternehmers nach § 1 HaftpflG. gewesen sind, haben hier weder direkt noch indirekt zur Verletzung oder Tötung irgendwie beigetragen. Der Umstand, daß sich auf der Eisenbahnfahrt infolge des hierbei notwendigen Alleinseins eines Reisenden mit einem anderen in einem Zugsabteil leicht die Möglichkeit zur Ausführung eines verbrecherischen Anschlags bietet, ist aber keine dem Eisenbahnbetriebe eigen-

tümliche besondere Gefahr, die diesem vermöge seiner Eigenschaft als besonders geartetes Transportmittel anhaftet.

4. **RG.** JW. **06** 575. Unfall „beim Betriebe" gegeben, wenn ein Reisender beim Aussteigen aus einem Eisenbahnwagen die Trittstufen herabstürzt und sich dabei verletzt. Denn zur Betriebstätigkeit im engeren Sinne gehört die Beförderung der Reisenden, die erst abgeschlossen ist, wenn der Reisende den Wagen verlassen hat. Der Unfall, den der Reisende bei diesem Betriebsvorgang erleidet, ist daher als Unfall „beim Betriebe" der Eisenbahn anzusehen, wenn er auch nicht durch eine diesem Betriebe eigentümliche Gefahr hervorgerufen wurde vgl. **RG.** **55** 231, JW. **03** 418, **04** 484. Ebenso HansGZ. **06** Hptbl. 208 (Hamburg). Dagegen einschränkend **RG.** R. **07** 522: Mit dem Stillstehen des Eisenbahnzuges hört die Beförderungstätigkeit der Eisenbahn, die vorzugsweise die Gefahrquelle des Eisenbahnbetriebs darstellt, auf; indessen können auch beim Aussteigen gewisse gefährliche Eigentümlichkeiten dieses Betriebs Unfälle erzeugen, die alsdann unter § 1 HaftpflG. fallen; dahin gehört namentlich die durch den Betrieb der Eisenbahn, die baldigst zu erwartende Weiterbewegung des Zuges auf Zwischenstationen, gebotene Eile. Unfälle dagegen nach dem Aussteigen auf dem Bahnsteig sind keine Unfälle im Sinne des § 1 HaftpflG.

5. **RG.** R. **06** 571, JW. **06** 316, NaumburgAK. **06** 38. Ein Betriebsunfall liegt auch dann vor, wenn die Verletzung eines Passagiers der Straßenbahn durch einen Zusammenstoß eines in Bewegung befindlichen Straßenfuhrwerks mit dem anhaltenden Straßenbahnwagen erfolgt. Denn der Betrieb umfaßt auch das mit dem Ein- und Aussteigen der Fahrgäste verbundene Anhalten des Straßenbahnwagens. Das Anhalten inmitten des Straßenverkehrs steigert die Gefahr des Zusammenstoßes mit anderen Fuhrwerken. Es handelt sich daher bei einem solchen Zusammenstoß um einen Unfall, der mit dem Betriebsvorgang in ursächlichem Zusammenhange steht. Vgl. JDR. **4** Bem. I 2 zu § 1 HaftpflG.

6. **RG.** DJZ. **06** 1374. Betriebsunfall im Sinne des § 1 HaftpflG. angenommen bei einer Verletzung, die dadurch eintrat, daß an der Kreuzung einer Telephondrahtleitung mit der darunter befindlichen Starkstromleitung einer elektrischen Kleinbahn der Telephondraht riß, auf den Starkstromdraht fiel und den auf der Straße gehenden Kläger, der durch den abgeleiteten Starkstrom berührt wurde, traf. Mithaftung des Postfiskus auf Grund des § 831 BGB. angenommen, weil bezüglich des mit der Aufsicht über die Herstellung der Telephonleitung beauftragte Beamte nicht dargetan war, daß er sich zur Leitung so gefährlicher Arbeiten auf belebter Straße eigne. Vgl. auch JDR. **4** Bem. I 5 zu § 1 HaftpflG.

7. JW. **06** 376 Nr. 1 (Naumburg). Unfall beim Betrieb einer Eisenbahn, wenn die Ursache darin gelegen ist, daß ein Draht der Telephonleitung auf den Starkstromdraht der Straßenbahn gefallen ist und, auf die Erde herabhängend, das Gespann eines die Straße überquerenden Fuhrwerks berührt hat, wobei angenommen war, daß die Stromleitung des Telephondrahtes allein zu schwach war, um eine Beschädigung des Pferdes herbeizuführen. Vgl. auch JDR. **4** Bem. I 5 zu § 1 HaftpflG.

8. WürttJ. **06** 27 (Stuttgart). Unfall beim Betriebe, wenn der Angestellte einer Firma, welcher einen von dieser beladenen Wagen unter stillschweigender Billigung seitens der Bahnangestellten von dem Verladegleis zum Zugsgleis verschiebt, dabei unter den Wagen kommt und verletzt wird.

9. BayRpflZ. **06** 84, R. **06** 1014 (Bamberg). Ein auf der Drehscheibe eines Industriegleises eingetretener Unfall, der sich beim Betriebe des Gleises ereignet, ist ein Unfall im Sinne des § 1 HaftpflG. (Vgl. auch Bem. III 1 unten.)

10. EisenbE. **22** 390 (Cöln). Ein durch Scheuen eines Pferdes infolge des Signals mit der Dampfpfeife einer Eisenbahnlokomotive herbeigeführter Unfall ist ein Betriebsunfall.

11. **RG.** JW. **06** 54. Unfall beim Betrieb, wenn Pferde infolge der von dem Bahnbetrieb auf sie einwirkenden plötzlichen oder heftigen Sinneseindrücke scheu oder doch unruhig werden (**RG. 53** 115). Die Eisenbahn kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß Besitzer oder Lenker von leicht erregbaren Tieren es überhaupt unterlassen sollten, mit derartigen Tieren die Straße zu befahren, da die Landstraße für den Fuhrwerkverkehr da ist und der Straßenverkehr sich überall nach der Bahn zu richten hat. S. unten Ziff. VI 16.

II. Kausalzusammenhang. (Vgl auch Ziff. 3 zu § 249 BGB.) 1. **RG.** JW. **06** 461. Zur Herstellung des ursächlichen Zusammenhangs ist nicht erforderlich, daß der Schuldige alle Ursachen, die bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben, herbeiführt, es genügt vielmehr, daß er Urheber auch nur einer der mitwirkenden Ursachen ist (**RG.** GruchotsBeitr. **49** 616 und **RG. 50** 222, **28** 168, **23** 161, **13** 66). Vgl. auch JDR. **4** Ziff. II 1 zu § 1 HaftpflG.

2. **RG.** JW. **06** 422. Kläger trug eine Sense, während er auf dem Fahrdamm einer Straße ging, durch welche eine Straßenbahn fährt. Der Griff der Sense wurde von einem entgegenkommenden Straßenbahnwagen erfaßt, Kläger dabei umgeworfen; beim Versuch, sich zu erheben, verletzte er sich mit der Sense. Ursächlicher Zusammenhang der Verletzung mit dem Eisenbahnbetrieb angenommen. Wenn auch Kläger nicht bei dem Sturze durch die Sense verletzt wurde, sondern erst beim Aufstehen, so ist als eine der Ursachen, die den Unfall herbeigeführt haben, immerhin der Bahnbetrieb, durch dessen Tätigkeit der Sturz veranlaßt wurde, anzusehen.

3. **RG.** JW. **06** 350. Hat jemand (Bahnbetrieb) eine Gefahr heraufbeschworen, die einen anderen berechtigterweise zu einer gewissen Abwehr veranlaßte (Ausweichen oder Fliehen und Fallen dabei), so bleibt derjenige, welcher die Gefahr heraufbeschworen hat, kausal auch für den durch die Abwehr eingetretenen Schaden. Vgl. JDR. **3** Bem. II 3 zu § 1 HaftpflG.

III. Eisenbahn. (Vgl. JDR. **4** Bem. III zu § 1 HaftpflG.) 1. Bay. RpflZ. **06** 84 (Bamberg). Auch ein Industriegleis ist eine Eisenbahn im Sinne des § 1 HaftpflG., da es nicht darauf ankommt, ob die Eisenbahn nur einem privaten gewerblichen Zwecke dient. (Vgl. auch o. Bem. I 8.)

2. **RG.** BadRpr. **06** 288. Betriebsunternehmer ist derjenige, auf dessen Rechnung und in dessen wirtschaftlichem Interesse der Betrieb erfolgt. Daher ist Betriebsunternehmer auf einem von der Lagerhalle einer Firma zum Bahnhofe führenden Anschlußgleise die Firma, wenn die Eisenbahnverwaltung die Güterwagen auf dem Anschlußgleise nur zur Abnahme bereit stellt, das Rangieren der Wagen auf dem Gleise zum Zwecke des Ein- und Ausladens der Waren aber von der Firma besorgt wird; wem die Eisenbahnwagen gehören, ist gleichgültig.

3. *Hammer, HirthsAnn. **06** 696. Auch Grubenbahnen, Arbeitsbahnen, Bahnanlagen, die noch im Bau begriffen und dem öffentlichen Verkehre noch nicht eröffnet sind, können unter Umständen unter § 1 HaftpflG. fallen. Entscheidend ist, ob durch den Betrieb dieser Bahnen bereits eine besondere Gefahr für die Angestellten, Arbeiter und das Publikum wie durch den Betrieb der Eisenbahnen herbeigeführt wird. ➼ Das hier als entscheidend verlangte Moment, daß derartige Bahnen nicht bloß für die Angestellten und Arbeiter, sondern auch für das Publikum eine besondere Gefahr herbeiführen müssen, wird bei diesen Bahnen wohl kaum gegeben sein. Die Einschränkung erscheint daher zu weitgehend und praktisch wertlos. Red. ←

IV. Unternehmer und Verhältnis derselben zueinander. Vgl. auch JDR. 4 Bem. VIII zu § 1 HaftpflG. 1. *B. Hilse, EisenbE. 23 95. Wenn durch den Zusammenstoß zweier, im Betriebe verschiedener, aber derselben Berufsgenossenschaft angehörender Unternehmer stehender Straßenbahnwagen die beiden Wagenführer verletzt und hierfür von der Berufsgenossenschaft nach dem Gew. UVG. entschädigt werden, so kann die Berufsgenossenschaft für die ihrerseits gemachten Aufwendungen nicht jeden der beiden Straßenbahnunternehmer auf Grund des § 140 GewUVG. und des § 1 HaftpflG. in Anspruch nehmen.

Dagegen: 2. *Reindl, R. 06 1249, welcher die Auffassung Hilses als irrig nachweist und ausführt, daß in diesem Falle der Unfall gleichzeitig beim Betriebe der beiden Unternehmer eingetreten sei, daß daher jeder Unternehmer dem Verletzten gegenüber für den gesamten nach HaftpflG. zu ersetzenden Schaden hafte, daß also weiter der Unternehmer A. gegenüber dem Wagenführer des B. und umgekehrt als Dritter im Sinne des § 140 GewUVG. anzusehen sei und demgemäß der Anspruch des Wagenführers A. gegen den Unternehmer B. und umgekehrt auf die Berufsgenossenschaft übergegangen sei. Daß beide Unternehmer derselben Berufsgenossenschaft angehörten, sei gleichgültig.

3. **RG.** JW. 06 483. Der Anspruch des Postfiskus gegen eine Privateisenbahn für die von ihm dem beim Eisenbahnbetriebe verletzten Postbeamten auf Grund des BeamtUFürsG. gewährte Entschädigung (Heilungskosten und Unfallfürsorgerente) ist seinem ganzen Umfange nach begründet und die Eisenbahn darf nicht den Betrag, den der Postfiskus auf Grund der normalen Pensionsgesetze an den Verletzten ohnehin zu zahlen gehabt hätte, in Abzug bringen.

4. Mattes, R. 07 43, bespricht das Ineinandergreifen der Vorschriften über die Haftung des Tierhalters und des Eisenbahnunternehmers in einem Falle, in welchem das Pferd eines Droschkenkutschers scheu wird und gegen den Straßenbahnwagen anrennt, wobei der Droschkenkutscher selbst, der Fahrgast desselben, das Pferd und der Straßenbahnwagen beschädigt werden, und befürwortet eine genaue gesetzliche Regelung für solche Fälle.

V. Höhere Gewalt. Vgl. JDR. 4 Bem. V zu § 1 HaftpflG. *Hammer, HirthsAnn. 06 772. Der Begriff „höhere Gewalt" ist wie in den übrigen späteren Reichsgesetzen ein feststehender juristisch-technischer Ausdruck und bedeutet ein unabwendbares, von außen kommendes Ereignis.

VI. Eigenes Verschulden. 1. Vgl. JDR. 4 Bem. VI zu § 1 HaftpflG.

2. **RG.** JW. 06 481, BadRpr. 06 229. Es besteht keine gesetzliche Beweisregel des Inhalts, daß der nach § 1 HaftpflG. dem Betriebsunternehmer obliegende Exkulpationsbeweis schon dann erbracht sei, wenn ein Verhalten des Verletzten bewiesen wird, das nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge die im Verkehr übliche Sorgfalt vermissen läßt, und daß, wenn dieses Verhalten ausnahmsweise durch eine das Verschulden des Verletzten ausschließende Ursache erklärt werden soll, es sich um ein von dem Gegner zu beweisendes Replikvorbringen handle; vielmehr fallen alle Umstände des einzelnen Falles, die für die Frage des Verschuldens des Getöteten oder Verletzten in Betracht kommen, in das Gebiet der dem Richter in dieser Hinsicht obliegenden Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.). Vgl. aber u. Ziff. 5.

3. **RG.** JW. 06 351, R. 06 802. Bei der Beurteilung des Maßes der „erforderlichen" Sorgfalt ist auf eine bestehende Übung und deren Gründe Rücksicht zu nehmen und eine Verkehrsübung ist nur dann außer Betracht zu lassen, wenn sie sich als ein Mißbrauch darstellt.

4. **RG.** JW. 06 350. Jeder Fußgänger auf der Straße hat, namentlich in der Dunkelheit, die Pflicht, sein Augenmerk auf Fuhrwerke, deren Nähe er hört, zu richten, damit er ihnen beim Überschreiten des Fahrdamms in geeigneter

Weise ausweicht. Wer diese allergewöhnlichste, von jedem zurechnungsfähigen Menschen zu verlangende Vorsicht außer acht läßt, trägt das überwiegende Verschulden an dem durch Überfahrenwerden ihm zustoßenden Unfall. (Keine Schadensteilung).

5. **RG.** JW. **06** 437. Hat zu dem Unfall unzweifelhaft ein eigenes Tun des Verunglückten mitgewirkt und erscheint dieses Tun nach der ganzen Sachlage und bei Zugrundelegung des gewöhnlichen Laufes der Dinge als schuldhafte Außerachtlassung der durch die Verhältnisse gebotenen Vorsicht, so ist dem Betriebsunternehmer nicht der Beweis anzusinnen, daß auch keine besonderen Umstände vorgelegen hätten, durch welche dem Verhalten des Verletzten der Charakter eigenen Verschuldens genommen würde. Es ist vielmehr Sache der Klagspartei, wenn die ganze Sachlage an sich auf ein solches Verschulden hinweist, darzutun, daß Umstände der bezeichneten Art vorgelegen hätten. In diesem Sinne hat das RG. bereits in verschiedenen Fällen erkannt (**RG. 38** 162, SächsA. **99** 173, **02** 213). Vgl. auch JDR. **4** Bem. VI 6 zu § 1 HaftpflG.; dagegen aber die Entscheidung des RG. o. unter Ziff. 2.

6. **RG.** JW. **06** 421. Eigenes Verschulden angenommen in dem Falle, in welchem ein Fahrgast auf den bereits fahrenden Zug aufgesprungen, dann in ein Abteil eingestiegen, aus letzterem aber auf nicht aufgeklärte Weise wieder herausgeraten und unter den Zug gekommen war. Denn wenn auch das schuldhafte Aufspringen auf den Zug selbst keine weiteren Folgen nach sich zog, so hatte es doch die weitere Gefahr im Gefolge, daß der Fahrgast bei der schleunigen und hastigen Unterbringung seiner Person in dem nächsten Wagenabteil nicht in der gleichen Weise wie beim ordnungsmäßigen Einsteigen auf die Sicherheit des Verschlusses der Tür Bedacht nehmen konnte.

7. **RG.** JW. **06** 575. Eigenes Verschulden liegt vor, wenn sich der Fahrgast beim Aussteigen nicht an den Seitengriffen des Wagens angehalten hat. Nach der gewöhnlichen Lebensanschauung ist anzunehmen, daß, wenn eine Person ohne erkennbare Ursache von einer Treppe abstürzt, der Sturz gemildert oder verhindert worden wäre, falls der Absteigende sich des vorhandenen Schutzgeländers bedient hätte. Die Benutzung der gebotenen und jedermann geläufigen Sicherheitsvorkehrungen zur Verhütung von Unfällen beim Betriebe einer Eisenbahn muß gegenüber der strengen Haftpflicht der letzteren insbesondere von den Reisenden gefordert werden.

8. **RG.** EisenbE. **22** 384. Aufsteigen auf einen in der Fahrt begriffenen Straßenbahnwagen ist zwar eine Fahrlässigkeit, aber jedenfalls keine grobe Fahrlässigkeit dann, wenn der Wagen wegen der Nähe der Haltestelle bereits sehr langsam fuhr und die Passagiere in dieser Weise unter Konnivenz des Bahnpersonals in der Regel aufzusteigen pflegen.

9. **RG.** JW. **06** 377, R. **06** 859. Klägerin ist, als sie aus einem Wagen der Straßenbahn aussteigen wollte, infolge des durch das Bremsen des Wagens verursachten Ruckes im Wagen umgefallen und hierbei verletzt worden. Eigenes Verschulden ist weder darin zu finden, daß Klägerin sich zum Aussteigen von ihrem Platze erhob, ehe noch der Wagen zum Stehen gebracht war, noch darin, daß sie sich der im Wagen angebrachten Handhabe zum Anhalten nicht bediente; ersteres deshalb nicht, weil der Aufenthalt an den Haltestellen der Straßenbahnen eine Dauer annehmen würde, die mit dem Verkehrszwecke wenig verträglich wäre, wenn das fahrende Publikum erst aufstehen würde, nachdem der Wagen vollkommen zum Stillstand gebracht ist und demgemäß auch der Wagen erst wieder in Bewegung gesetzt würde, nachdem alle eingestiegenen Passagiere ihre Plätze eingenommen haben; letzteres deshalb nicht, weil der gewöhnliche und unvermeidliche Rückschlag, den das Anhalten des Wagens zur Folge hat, erfahrungsgemäß

nicht so stark ist, daß ein auf seinen Füßen sicher stehender Mensch dadurch umfallen müßte, die Klägerin aber nur auf einen solchen Stoß zu rechnen hatte.

10. **RG.** JW. **06** 235, R. **06** 630. Kein eigenes Verschulden des Fahrgastes, wenn er, da die Vorwärtsbewegung des Straßenbahnwagens kurz vor der Haltestelle auf ein kaum fühlbares Maß verlangsamt war, in der irrigen Annahme, der Wagen stehe schon, rückwärts abgestiegen ist.

11. **RG.** JW. **06** 192. Das Betreten des Trittbretts eines Straßenbahnwagens zu dem Zwecke, den geeigneten Moment zum Absteigen abzuwarten, ist je nach den Umständen noch kein eigenes Verschulden. Letzteres liegt aber vor, wenn der angetrunkene Fahrgast vor der Gefahr ausdrücklich vorher gewarnt worden war und die Gefahr des Abrutschens einerseits durch die Unsicherheit der Haltung des Fahrgastes, andererseits durch die Schlüpfrigkeit des Trittbretts erhöht war. Eigenes Verschulden in diesem Falle so überwiegend, daß Teilung nach § 254 BGB. zu versagen ist. Vgl. auch JDR. **4** Bem. VI 5 zu § 1 HaftpflG.

12. **RG.** JW. **06** 55. Verschulden eines Kindes unter 7 Jahren ist ausgeschlossen. Das RG. hält in dieser Hinsicht, entgegen der in der Literatur aufgetretenen anderen Meinung (Pfizer, DJZ. **04** 711, JDR. **3** Bem. VI 13 zu § 1 HaftpflG.), an seiner früheren Meinung fest (**RG. 59** 221). Offen zu lassen ist immerhin die Frage, ob nicht die in dem Urteile (**RG. 59** 221) zum Schlusse berührte Bestimmung des § 829 BGB. sich mit dem Grundsatze des § 254 BGB. in Verbindung setzen ließe und dadurch unter Umständen eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden könnte. ➵ Die Verfolgung des letzteren Gedankens wäre zweifellos im Interesse der ohnehin auf das höchste Maß gesteigerten Haftpflicht der Eisenbahnen sehr erwünscht. Bemerkenswert erscheint übrigens, daß auch der ÖstObGH. in einem Urteile v. 6. 6. 05 (DEisenbVerwZtg. **06** 169) seine bisherige Auffassung, daß die Haftpflicht des Betriebsunternehmers schon durch den Nachweis eines objektiven Verschuldens, also auch bei Kindern unter 7 Jahren, ausgeschlossen sei, aufgegeben hat. Red. ⇜

13. Ebenso **RG.** JW. **06** 192. Verschulden des Kindes von 3 Jahren ausgeschlossen. Verschulden der die Aufsicht führenden Mutter, welche mit dem Kinde die Eisenbahn benutzte, kann der Klage des Vaters auf Ersatz der Heilungskosten und Feststellung der Schadensersatzpflicht nicht entgegengehalten werden. Die Mutter hat zwar durch die Lösung einer Fahrkarte für ihre Person, wodurch sie das Recht auf unentgeltliche Mitnahme des Kindes gemäß § 11 Abs. 2 EisenbVerkO. erwarb, auch die vertragsmäßige Verpflichtung gegenüber der Eisenbahn übernommen, das Kind zu beaufsichtigen. Durch schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung hat sie sich der Eisenbahn gegenüber regreßpflichtig gemacht und der letzteren das Recht gegeben, Rückgriff nach §§ 254, 276 BGB. zu nehmen, aber ihr Verschulden kann nicht gemäß § 278 BGB. dem Kinde angerechnet werden. Vgl. auch JDR. **4** Bem. VI 3 zu § 1 HaftpflG.

14. Desgleichen **RG.** R. **06** 239, SeuffBl. **06** 380. Insoweit der Vater des verletzten Kindes nicht kraft eigenen Rechtes klagt, sondern nur auf Erstattung der von ihm auf Grund Geschäftsführung ausgelegten, eigentlich dem Kinde geschuldeten Heilungskosten, kann ihm der Einwand des Mitverschuldens in der Richtung, daß er das gebrechliche Kind ohne Aufsicht gelassen habe, nicht entgegengesetzt werden. Dagegen kann auch der Klage des Kindes das schuldhafte Verhalten des Vaters oder der Eltern entgegengesetzt werden, welches sie nach Entstehung des Schadens bezüglich der Abwendung des bereits verursachten Schadens oder bezüglich dessen Minderung, z. B. wegen schuldhafter Verweigerung einer Operation an dem Kinde, trifft. In letzterem Sinne auch **RG.** R. **06** 439. (Vgl. auch JDR. **4** Bem. VI 3 zu § 1 HaftpflG.)

15. **RG.** JW. **06** 473. Bei einer Handlung, durch die eine Person von 7—18 Jahren sich selbst beschädigt, deckt sich in der Regel die Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für die Handlung mit der Einsicht zur Erkenntnis ihrer Gefährlichkeit. Nicht erforderlich ist eine Verstandesreife, die den Beschädigten gerade die besonderen Gefahren seiner Manipulation erkennen ließe; es genügt, wenn er geistig soweit entwickelt ist, um einzusehen, daß er sich einer Gefahr aussetze, falls er die vorgenommene Handlung wirklich vornehme. Ebenso: **RG.** SeuffBl. **06** 380.

16. **RG.** JW. **06** 54. Die Eisenbahn darf sich zwar nicht auf den Standpunkt stellen, daß Besitzer oder Lenker von Pferden, welche zum Scheuen geneigt oder dem Bahnbetriebe gegenüber besonders empfindlich sind, es deshalb überhaupt unterlassen müßten, die Straße zu befahren; sie kann aber von dem Pferdebesitzer oder Kutscher verlangen, daß er nicht unnötigerweise ein scheues Pferd den Einwirkungen des Bahnbetriebes aussetze und daß er, wenn er hierzu veranlaßt ist, auf entsprechende Sicherungsmaßregeln Bedacht nehme; anderenfalls liegt eigenes Verschulden, das die Anwendung des § 254 BGB. rechtfertigt, vor. S. oben Ziff. I 11.

VII. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. 1. Über das Verhältnis des § 254 BGB. zu §§ 1 und 2 HaftpflG. s. die Bem. zu Ziff. 7 u. 10 a $\alpha\beta$ zu § 254 BGB. und über die Frage der Pflicht zur Duldung einer Operation die Bem. Ziff. 5 zu § 254 BGB., ferner JDR. **3** Bem. VII u. **4** Bem. VII zu § 1 HaftpflG.

2. **RG.** JW. **06** 350. Überwiegendes eigenes Verschulden des Verletzten und Klage gänzlich abgewiesen in einem Falle, in welchem der Kläger nachts die Straße überquerte, Geräusch hinter sich hörte, aber in der Meinung, es rühre von einem Fuhrwerk her und die Straßenbahn fahre nicht mehr, sorglos die Gleise überschritt und von dem Straßenbahnwagen niedergeworfen wurde.

3. R. **06** 681 (Colmar). Ein bei der Entstehung des Schadens des Verletzten mitwirkender Zufall ist auf die Verpflichtung zum Schadensersatz und auf dessen Umfang nicht von Einfluß.

4. **RG.** JW. **06** 544. Die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens oder — bei Anwendung des HaftpflG. — des Verschuldens mit der Betriebsgefahr ist von der Revisionsinstanz nachzuprüfen. Nur die Nachprüfung der tatsächlich festgestellten Sachlage ist der Revisionsinstanz entzogen.

5. Die Frage, ob § 254 BGB. auch auf die Fälle des § 25 PrEisG. Anwendung finde, ist vom OLG. Stettin bejaht (PosMschr. **06** 118), vom RG. dagegen verneint worden (JW. **06** 382).

VIII. Gerichtsstand bei Haftpflichtansprüchen. (Vgl. JDR. **4** Bem. IX zu § 1 HaftpflG.) **RG.** JW. **06** 90, EisenbE. **22** 387. Ein auswärtiger Staat ist, wie bei öffentlich-rechtlichen Akten, so auch bei privatrechtlichen Ansprüchen der Gerichtsbarkeit der inländischen Gerichte nicht unterworfen, falls nicht diese Unterwerfung durch Vertrag erfolgt ist. ➵ Danach wäre also ein auswärtiger Staat, der auf deutschem Gebiete eine Eisenbahn betreibt, z. B. in Grenzbezirken, mangels einer besonderen Vereinbarung in dem betreffenden Staatsvertrag, auch in Haftpflichtansprüchen nicht der Gerichtsbarkeit der inländischen deutschen Gerichte unterworfen. Red. ⇠

§ 2. 1. DJZ. **06** 1210 (KG.). Eine Gräberei ist nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine auf Dauer berechnete Anlage zum Zwecke der Verwendung oder Veräußerung des gewonnenen Materials handelt. Sie liegt daher nicht vor, wenn jemand in einem einzelnen Falle lediglich behufs Herstellung einer Baugrube ausschachtet und das hierbei gewonnene Material veräußert.

2. HansGZ. 06 Hptbl. 25, DJZ. 06 376 (Hamburg). Ein städtisches Wasserwerk ist eine Fabrik im Sinne des § 2 HaftpflG. Wenn aus dem Wasserwerk auch nicht (wie bei städtischen Gaswerken) Gewinn erzielt werden soll, so werden doch die Kosten durch Abgaben und Steuern gedeckt; das genügt für die Annahme einer Fabrik-, d. h. einer gewerblichen Anlage, in der die Bearbeitung beweglicher Sachen gewerbsmäßig und im großen erfolgt (ROHG. SeuffA. 34 Ziff. 216). Gleichgültig ist, daß der Unfall bei sog. Außenarbeiten — Anschluß eines Hauses an die städtische Wasserleitung — erfolgte, da die Arbeit technisch im Zusammenhange mit dem Fabrikbetrieb stand. Vgl. auch JDR. 4 Bem. 2 zu § 2 HaftpflG.

3. RG. BayRpflZ. 06 359. Betriebsleiter ist zwar nicht ein gewöhnlicher Arbeiter, andererseits aber auch nicht nur eine Person, die den ganzen Betrieb zu beaufsichtigen hat. Übertragung einer Art von Herrschaft über andere Arbeiter ist nicht erforderlich, andererseits aber nicht entscheidend, ob die Aufsicht ganz unbeschränkt oder bei Unterordnung unter einen Vorgesetzten auszuüben ist; eine gewisse Selbständigkeit ist aber erforderlich; hierzu genügt, daß die Person mit Verrichtungen betraut ist, die darauf abzielen, den Gang des Betriebs oder seine Sicherheit zu gewährleisten. Motorführer einer elektrischen Straßenbahn ist Betriebsleiter, weil zu selbständigem Handeln berufen und namentlich im Falle des Eintritts einer Betriebsstörung auf sich selbst angewiesen.

4. RG. JW. 06 459. Anwendung des § 254 BGB. aus den gleichen Gründen, wie bei § 1, auch in den Fällen des § 2 HaftpflG. zulässig. Die hiergegen erhobenen Einwände (Eger, HaftpflG. (6) 316 Anm. 29) um so weniger begründet, als es sich bei § 2 um eine Haftung aus Verschulden, wenn auch nicht aus eigenem Verschulden — früher quasideliktische Obligation genannt — handelt und § 2 HaftpflG. über das konkurrierende Verschulden des Verletzten eine eigene Bestimmung nicht enthält.

§§ 3, 3a. I. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs. (Vgl. auch JDR. 4 Bem. I zu §§ 3, 3a HaftpflG.) 1. BayObLG., R. 06 1082. Die Kosten eines Grabsteins gehören an sich nicht zu den Beerdigungskosten, die nach § 1968 BGB. der Erbe zu tragen hat.

2. SeuffBl. 07 79 (Stuttgart). Die Kosten des Rücktransports eines an den Folgen einer Körperverletzung außerhalb seines Wohnorts Verstorbenen gehören zu den Beerdigungskosten. Vgl. dagegen aber RG. JW. 05 145 u. JDR. 4 Bem. I Ziff. 3 zu §§ 3, 3a HaftpflG.

3. RG. JW. 06 231. Für die durch den Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufenen schädigenden Einflüsse auf die Gesundheit des Verletzten ist der Schädiger nicht haftbar; es fehlt am ursächlichen Zusammenhang (vgl. Bem. 2f zu § 823 BGB.).

4. RG. JW. 06 94. Der Anspruch wegen Dienstkleidungszulage ist im Falle der Verpflichtung zum Schadensersatz begründet, weil durch das Tragen der Dienstkleidung der Aufwand für die Zivilkleidung verringert wird und daher beim Wegfall des Betrages der Berechtigte um denselben in seinem Vermögen geschädigt ist.

5. RG. JW. 06 236, R. 06 630. Die Ansicht, daß das HaftpflG. eine Erwerbsfähigkeit voraussetze, die vor dem Unfalle schon bestanden habe, und einen Ersatz lediglich künftiger Vermögensnachteile ausschließe, ist als unrichtig abzulehnen. Daher hat auch ein noch nicht erwerbsfähiges Kind Ersatzanspruch wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit überhaupt. In der Regel ist hier die Feststellungsklage der einzige Weg; unter Umständen kann jedoch auch hier schon Leistungsklage gerechtfertigt erscheinen, namentlich dann, wenn es sich nur um

den gewöhnlichen durchschnittlichen Lohn einfacher Hand-, Haus- oder Fabrikarbeiter, nicht um lohnendere oder eine besondere Berufsvorbildung erfordernde Berufszweige höherer Art handelt. In gleichem Sinne sprechen sich auch aus **RG.** JW. **06** 360, 473, DJZ. **06** 877.

6. **RG.** JW. **06** 377, R. **06** 861. Anspruch auf Schmerzensgeld kann sich nicht auf § 1 HaftpflG. und auch nicht auf den Beförderungsvertrag, sondern allein auf den Nachweis einer unerlaubten Handlung nach § 823 oder § 831 BGB., welche die Beklagte vertreten muß, stützen.

7. **RG.** JW. **06** 92. Wenn auch die Verletzung, die der Kläger am linken Auge erlitt, geheilt und eine Erwerbsunfähigkeit nicht eingetreten ist, so ist doch die Möglichkeit, daß nachteilige Folgen nachträglich noch auftreten, nach Lage der Sache nicht abzuweisen. Diese keineswegs fernliegende Möglichkeit begründet die Feststellungsklage. Ebenso **RG.** JW. **06** 16.

8. **RG.** JW. **06** 687. Die Frage, ob gemäß § 843 BGB. eine Rente oder aus wichtigen Gründen eine Abfindungssumme in Kapital zu gewähren ist, betrifft, wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat (Urt. v. 5. 4. 06 und 21. 6. 06), den Grund des Anspruchs. Das Gericht ist daher verpflichtet, in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs auch hierüber Entscheidung zu treffen.

9. **RG.** JW. **06** 482. Gesetzliche Pensionen, welche dem Verletzten oder seinen Hinterbliebenen infolge des Unfalls zustehen, sind an der Entschädigungsrente in Abzug zu bringen und zwar auch dann, wenn der Beamte bestimmte Beiträge zur Pensionskasse zu leisten hat oder ihm solche Beiträge von vorneherein am Gehalte gekürzt werden; nicht dagegen Bezüge, welche dem Verletzten oder den Hinterbliebenen auf Grund eines privaten Versicherungsvertrags zukommen. Maßgebend für diese Frage sind die Grundsätze über Vorteilsausgleichung (compensatio lucri et damni). Ebenso: **RG.** BayRpflZ. **07** 44. Vgl. auch R. **06** 559 (Cassel).

10. **RG.** BayRpflZ. **06** 44. Nach den Grundsätzen über Vorteilsausgleichung richtet sich, ebenso wie bei den Pensionen, auch die Frage, ob und inwieweit der der Witwe und den Kindern infolge der nach dem Tode des Verletzten fortgesetzten Gütergemeinschaft zugegangene Vermögenserwerb auf die Entschädigungsrente anzurechnen ist. Die Anrechnung einer dem Ersatzberechtigten infolge des Todes angefallenen Erbschaft ist allerdings nicht statthaft; das gleiche kann aber nicht ohne weiteres für die von den Hinterbliebenen nach dem Tode fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft gelten. Es muß hier bei Bemessung des Umfangs der Schädigung in Betracht gezogen werden, daß diejenige Quote der Einkünfte des gemeinschaftlichen Vermögens, welche zu Lebzeiten des Ehemanns (neben dem entsprechenden Teile des Amtseinkommens) zum Unterhalte der Ehefrau mit zu verwenden war, keinesfalls im vollen Betrage einen der Ehefrau durch den Tod des Ehemanns zugegangenen Schaden darstellt und daß das gütergemeinschaftliche Vermögen, dessen Einkünfte bei Lebzeiten des Vaters teilweise zum Unterhalte der Kinder gedient hat, dieser Bestimmung durch den Tod des Vaters nicht entzogen ist und der Unterhaltsanspruch der Kinder gegenüber dem Vater von ihrer Bedürftigkeit abhängig ist.

II. Ersatzberechtigte Personen. Vgl. auch JDR. **4** Bem. II zu §§ 3, 3a. 1. **RG.** JW. **06** 385, R. **06** 861. Auch der verheirateten Frau, gleichviel welches eheliche Güterrecht maßgebend ist, und gleichviel, ob sie ihre Erwerbsfähigkeit, sei es für sich, sei es für ihren Ehemann, betätigt, steht ein Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten zu.

2. **RG.** JW. **06** 385, R. **06** 861. Allerdings läßt sich prinzipiell auch einer Ehefrau ein Schadensersatzanspruch wegen verminderter Erwerbsfähigkeit

nach Maßgabe der §§ 842, 843 BGB. nicht versagen. Allein eine Entschädigung für den Verlust oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit wird nicht schlechthin gewährt, sondern nur für den dem Verletzten nach seinen Lebens- und Erwerbsverhältnissen tatsächlich entgehenden Erwerb. Betätigt mithin eine Frau ihre Erwerbsfähigkeit lediglich im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes, wozu sie gesetzlich verpflichtet ist (§ 1356 BGB.), so kann sie selbst für den Verlust oder die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit insoweit keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, weil insoweit lediglich dem Manne ein Schaden entstanden, mithin nur dieser nach § 845 BGB. ➝ welcher aber nicht für das Haftpflichtrecht gilt. Red. ← forderungsberechtigt ist. Es könnte der Frau selbst nur für den Fall ein solcher Anspruch zugebilligt werden, daß sie infolge einer in den ehelichen Verhältnissen eintretenden Veränderung in die Lage käme, ihre Arbeitskraft für eigenen Erwerb zu verwerten. Von diesen Grundsätzen ist das RG. auch in dem Urt. JW. **05** 341 (vgl. JDR. **4** Bem. II Ziff. 4 zu §§ 3, 3a HaftpflG.) ausgegangen, ebenso in dem Urt. JW. **06** 469.

3. Über die Berechtigung zum Schadensersatz wegen Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsunfähigkeit seitens noch nicht erwerbsfähiger Kinder vgl. Bem. I Ziff. 5 zu §§ 3, 3a.

4. **RG.** JW. **06** 438. Nach § 3 Abs. 2 HaftpflG. hat der Ersatzberechtigte dem Dritten insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen ist. Die wegen der Tötung ihrer Tochter auf Schadensersatz klagenden Eltern haben daher den Nachweis ihrer Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit zu erbringen, da sie von der Tochter nur Unterhalt verlangen konnten, wenn sie außerstande sind, sich selbst zu unterhalten.

III. Dauer und Erlöschen des Anspruchs. 1. **RG.** JW. **06** 27, 204, 308, 361, 548 hält, wie in den Urteilen JW. **05** 283, 549 (JDR. **4** Bem. III zu §§ 3, 3a HaftpflG.), an dem Standpunkte fest, daß bei Zubilligung einer Rente schon jetzt die künftige Gestaltung der Verhältnisse, soweit sie sich nach dem gewöhnlichen, erfahrungsmäßigen Verlauf der Dinge übersehen läßt, zu berücksichtigen und insoweit eine Verweisung des Klägers auf § 323 ZPO. unzulässig sei; nur wo jeder sichere Anhaltspunkt über die künftige Gestaltung der Verhältnisse fehlt, kann von einer zeitlichen Begrenzung der Rente abgesehen und eine spätere Änderung des Urteils nach § 323 ZPO. vorbehalten werden.

2. **RG.** JW. **06** 571. Der Witwe eines Beamten war für die mutmaßliche Lebensdauer ihres Ehemanns, bis 1. 1. 31, eine jährliche Rente von 125 M. und über diese Zeit hinaus eine jährliche Rente von 300 M. als Ersatz für die staatliche Witwenpension, die sie nach Maßgabe des Dienstalters ihres Ehemanns zur Zeit seines mutmaßlichen Todes erhalten würde, zugesprochen. Diesen letzteren Anspruch erklärt RG. für unbegründet. Denn § 3 HaftpflG. beschränkt den Anspruch des Unterhaltsberechtigten ausdrücklich auf die mutmaßliche Lebensdauer des zur Gewährung des Unterhalts Verpflichteten, läßt also mit dem Zeitpunkt, in welchem der Getötete ohne den Unfall mutmaßlich gestorben sein würde, jeden Entschädigungsanspruch aufhören; die Witwenpension, die der Ehefrau eines Beamten nach dessen Tod zufließt, kann nicht unter den rechtlichen Gesichtspunkt des von dem Ehemann zu leistenden Unterhalts gebracht werden.

§ 7. (Vgl. § 843 Abs. 2–4 BGB., § 850 Abs. 3 und § 323 ZPO.) 1. **RG.** JW. **06** 438. Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 HaftpflG. in Verbindung mit § 843 Abs. 2 Satz 2 BGB. ist zwar die Art der Sicherheitsleistung dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, dies jedoch nur in den Grenzen der §§ 232

bis 240 BGB., so daß der Richter immerhin an gesetzliche Kautionsarten gebunden ist.

2. SeuffA. **61** 295, EisenbE. **23** 122 (Dresden). § 850 Abs. 3 ZPO. findet auch auf Geldrenten Anwendung, die wegen Tötung oder Körperverletzung schon vor dem 1. 1. 00 auf Grund des früheren Rechts zuerkannt wurden.

3. R. **06** 681 (Colmar). Die Unübertragbarkeit einer nach § 850 Abs. 3 ZPO. unpfändbaren Geldrente ist zwingendes Recht; sie kann daher nicht bloß von dem Zedenten, sondern auch von dem dritten Schuldner dem Zessionar entgegengehalten werden.

4. Paschke, R. **06** 795, wendet sich gegen Eger, HaftpflG. (6) Anm. 100 zu § 7, und vertritt die Annahme, daß § 324 ZPO. (§ 7 Abs. 3 HaftpflG.) das im § 843 BGB. statuierte generelle Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, nach Erlaß des Urteils im Hauptprozeß auf den singulären Fall beschränkt, daß sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheblich verschlechtert haben. ➵ Ebenso Reindl, HaftpflG. 199 Anm. 13, 201 Anm. 16. Red. ⇠

5. **RG.** JW. **06** 360. § 323 ZPO. stellt sich als eine neue materiell-rechtliche Vorschrift dar, die im Unterschiede von § 767 ZPO. beiden Parteien für den Fall einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen aus Billigkeitsrücksichten das Recht gewährt, im Wege der Klage eine Änderung des Urteils zu verlangen. Als materiell-rechtliche Vorschrift hat daher § 323 ZPO. mangels einer ausdrücklichen dahin gehenden Vorschrift keine rückwirkende Kraft auf einen nach früherem Rechte entstandenen Schadensersatzanspruch, über den bereits vor dem 1. 1. 00 rechtskräftig entschieden worden ist.

§§ 8, 9. (Vgl. § 472 HGB. und § 10 EisenbVerkO. und JDR. **4** Bem. zu § 10 und Bem. 1a zu § 12 EisenbVerkO.) **RG.** JW. **06** 13, BayRpflZ. **06** 81, EisenbE. **22** 384. Durch den Abschluß des Transportvertrages entstand für die beklagte Unternehmerin die vertragsmäßige Verpflichtung, den Kläger ohne Gefährdung seiner Gesundheit an sein Reiseziel zu befördern. Dieser Pflicht hat die Beklagte zuwidergehandelt, wenn sie durch ihr Verhalten bei der Ausführung ihrer Vertragsleistungen Anlaß zur Gefährdung des Klägers gab und sie haftet nach § 276 BGB. für den Schaden, wobei sie ein Verschulden ihres Personals nach § 278 BGB. zu vertreten hat. Die Berufung auf § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. bleibt ihr dabei versagt. Der Anspruch unterliegt nicht der im § 638 Abs. 1 BGB. vorgesehenen Verjährung von 6 Monaten, sondern der im § 195 BGB. bestimmten regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren, da sich derselbe nicht auf einen Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung stützt. Ebenso **RG.** JW. **07** 330. Dagegen nimmt 6monatige Verjährungsfrist an: **RG.** JW. **05** 484, EisenbE. **22** 178; s. JDR. **4** Bem. zu § 10 EisenbVerkO.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes

vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Die Fortbildung des UnlWG. erfolgte auch im Berichtsjahr mehr durch die Rechtsprechung und kleinere aus der Praxis entlehnte Abhandlungen als durch systematische Arbeiten. Eine besonders eingehende literarische Beschäftigung hat das Ausverkaufswesen gefunden, welches auf dem 28. Deutschen Juristentage Gegenstand der Beratungen gewesen ist. Außer der Arbeit von Eltzbacher (Die Unterlassungsklage), die schon in verschiedenen Teilen des JDR. erwähnt ist, sind vor allem wiederum die Aufsätze

von Finger, Fuld und Marcus zu nennen. Aus der Rechtsprechung sind eine Reihe von interessanten Entscheidungen zu verzeichnen.

Literatur: Die einzelnen Schriften sind an den betreffenden Stellen erwähnt.

§ 1. I. Allgemeines. 1. **RG.** JW. **06** 40, HansGZ. **06** Hauptbl. 45. Durch das Gesetz wird der redliche Wettbewerb in keiner Weise eingeschränkt und insbesondere auch nicht der Gebrauch kräftiger Ausdrücke verboten, durch welche der Wettbewerber Kunden an sich zu locken sucht. Als unlauteres Wettbewerbsmittel wird jedoch die Aufstellung und Verbreitung von Angaben tatsächlicher Art angesehen, welche unrichtig und geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Der redliche Wettbewerber wird mithin, wenn er bei der Anpreisung seiner Waren das Gebiet der tatsächlichen Behauptungen beschreitet, darauf bedacht sein, seine Kundgebung so deutlich abzufassen, daß Mißdeutungen ausgeschlossen sind und in derselben nur die Angabe solcher Tatsachen gefunden wird, die der Wahrheit entsprechen. Stellt sich heraus, daß die Angabe, wie sie tatsächlich verstanden wird, unrichtige Tatsachen enthält, so ist die Voraussetzung für das richterliche Unterlassungsgebot unter allen Umständen gegeben, gleichviel, ob der Urheber der Mitteilung den Eindruck, welchen die Angabe inhaltlich macht, hervorrufen wollte oder nicht und ob er den Erfolg bei Anwendung gehöriger Sorgfalt voraussehen konnte oder nicht. Mehrdeutige Angaben, mag die Mehrdeutigkeit beabsichtigt sein oder nicht, verdienen nach dem Sinne des Gesetzes keine Förderung. Sie sind vom Richter auf ihren Inhalt zu prüfen. Es kommt aber nicht darauf an, wie er ihren Sinn deutet, auch nicht, wie bereits angedeutet wurde, darauf, welchen Sinn der Mitteilende in die Mitteilung legen wollte, sondern darauf, wie die Leserkreise, für welche die Mitteilung berechnet ist und auf welche sie einwirken soll, sie verstehen.

2. SächsRpflA. **06** 385 (Dresden). Unwahre Behauptungen sind nur insoweit zu untersagen, als sie die unlautere Reklame betreffen, d. h. eine Kundgebung an eine nach Zahl und Individualität unbestimmte Mehrheit von Personen. Nicht untersagt werden kann eine Kundgebung, die auf einen zum voraus begrenzten Kreis bestimmten Personen eingeschränkt werden soll oder eine Behauptung, die im Privatverkehr fällt.

3. **RG.** (Strafs.) JW. **06** 258, IndustRZ. **1** 131. Den Gegensatz zu den wissentlich unwahren Angaben tatsächlicher Art stellen unrichtige und übertriebene Urteile über die Beschaffenheit der ausgebotenen Waren dar. Solche allgemeine Anpreisungen, mögen sie auch objektiv und subjektiv der Wahrheit nicht entsprechen, fallen nicht unter den Begriff der unlauteren Reklame i. S. des Gesetzes (**RG.** [Strafs.] **30** 406, **34** 140).

4. BayRpflZ. **06** 276 (Nürnberg). § 826 gilt als clausula generalis neben den Bestimmungen des UnlWG. Vgl. **RG.** R. **06** 859, GewRschutz **06** 321.

II. Antragsberechtigte. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. II. 1. **RG.** SächsRpflA. **06** 198. Durch die Handlung des Täters können nur diejenigen verletzt werden, die zur Zeit der ersteren schon in dem betreffenden Gewerbe tätig sind, später in dasselbe Eintretende könnten höchstens unter den Nachwirkungen der Handlung leiden. Mit Recht wird daher angenommen, daß nur Inhaber von zur Zeit der Handlung bestehenden Betrieben zur Klage legitimiert sind. Daraus ergibt sich aber die Folgerung, daß auch die gleichfalls zur Klage berechtigten „Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen“ zur Zeit derjenigen Handlung, die sie verfolgen wollen, bestanden haben müssen.

2. SächsOLG. **27** 106 (Dresden). Eine preußische Ärztekammer ist berechtigt, wegen einer in Sachsen begangenen strafbaren Handlung Strafantrag zu stellen.

3. SächsOLG. **27** 333 (Dresden). Das den Vereinen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes eingeräumte Recht, auf Unterlassung zu klagen (UnlWG. § 1 Abs. 1), umfaßt nicht die Befugnis zur Geltendmachung sonstiger Ansprüche der Vereinsmitglieder, insbesondere auf Schadensersatz.

4. Marcus, R. **06** 1248 f. Der Bezirksagent ist neben dem Inhaber einer Firma zur Verfolgung von Wettbewerbsdelikten, welche gegen die Firma begangen werden, berechtigt. Gegenüber dem Verkäufer, der sich fälschlich bei seinen Anpreisungen in seinem Wirkungskreis als Vertreter einer berühmten Firma geriert, ist der wirklich als solcher bestellte Agent klageberechtigt nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Abs. 2 UnlWG., denn die Voraussetzungen dieser Bestimmung liegen ohne weiteres vor in der Angabe „tatsächlicher Art", die als solche geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Ebenso steht ihm § 8 zur Seite, denn es handelt sich um Verwechselungen im Gebrauche der Firma, als deren Vertreter zwar der Bezirksagent sich einführen darf, nicht aber jeder andere, der die Ware vertreibt, selbst wenn dies befugterweise geschieht.

III. 1. SeuffBl. **06** 167 (Stuttgart). Der Umstand, daß die gleiche Vorspiegelung in gleicher Weise einer größeren Anzahl von Personen gegenüber mündlich wiederholt wird, macht diese noch nicht zu einer für einen großen Kreis von Personen bestimmten Mitteilung. Denn diese Mitteilung war nicht bestimmt und nicht geeignet, einer unbestimmt großen Anzahl von Personen zugänglich zu sein, wie dies bei schriftlichen Mitteilungen möglich ist.

2. HansGZ. **06** Beibl. 94 (Hamburg). Briefbogen, welche im geschäftlichen Verkehr verwandt werden, sind für einen größeren Personenkreis bestimmt. Darauf, daß der einzelne Brief nur für den jeweiligen Empfänger bestimmt ist, kommt es nicht an (vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. III 1). — Firmenschilder sind öffentliche Bekanntmachungen i. S. des § 1.

3. **RG.** UnlW. **5** 94. Die an Zigaretten angebrachte Bezeichnung Noblesse Varsovie kann als eine für einen größeren Personenkreis bestimmte Mitteilung angesehen werden.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. IV.

A. Allgemeines. 1. **RG.** (Straff.) JW. **06** 258, IndustRZ. **1** 131. Unter „Angaben tatsächlicher Art" sind nicht nur wörtliche Auslassungen zu verstehen, sondern auch Behauptungen, die durch bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen ihren Ausdruck finden können. In der Rechtsprechung ist man darüber einig, daß auch in schlüssigen Handlungen Willensäußerungen des Subjekts sich auszuprägen vermögen, und von jeher hat das RG. es ausgesprochen (**RG.** (Straff.) **30** 406, **33** 431) und daran muß festgehalten werden, daß zum allermindesten in denjenigen Fällen, wo tatsächliche Angaben gemacht werden, die erst ihre Ergänzung oder Erläuterung „durch bildliche Darstellungen oder sonstige Veranstaltungen" erhalten, der Tatbestand des § 4 als erfüllt zu erachten sei. Die Unwahrheit der Kundgebungen des Angekl. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die einzelnen Tatsachen in einer Fassung sich darstellen, die, wörtlich betrachtet, nichts Falsches enthalten würde, sofern nur die Bekanntmachung im ganzen in dem vom Angekl. gewollten Sinne nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen verstanden werden mußte.

2. PuchektsZ. **06** 224 ff., 237 (Karlsruhe). Das Behaupten, d. h. das Hinstellen einer Tatsache als Gegenstand eigenen Wissens, kann nicht bloß durch Verwendung der Sprache, in Schriftform oder Rede geschehen, es kann auch erfolgen durch Geberden, bildliche Darstellungen oder Kombination von Wort und Schrift mit bildlichen Darstellungen. Insbesondere kann eine Behauptung über die Beschaffenheit einer Ware, eines Fabrikats auch in der Weise erfolgen, daß

man die Ware usw. selbst bei der Besichtigung sprechen läßt; so kann eine unwahre Behauptung über die Bestandteile einer Ware beispielsweise in der Weise aufgestellt werden, daß die ihrem Ursprung nach erkenntlich gemachte Ware durch Beimengung fremder Stoffe verändert wird, so daß das beschauende Publikum auf die Meinung kommen muß, die Ware habe von Anfang an die nachträglich beigemischten fremden Bestandteile gehabt, man kann aber endlich auch ohne fremde Zutaten über die Bestandteile und Zusammensetzung einer Ware, eines Fabrikats durch tendenziöse Gruppierung und Lagenveränderung der echten Bestandteile absichtlich falsche Vorstellungen hervorrufen und so die diesen Vorstellungen entsprechenden Tatsachen behaupten.

3. **RG.** R. **06** 758. Das Kriterium, ob Behauptungen tatsächlicher Art sind, liegt darin, ob sie objektiv auf ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit hin eine Prüfung gestatten.

4. SeuffBl. **06** 167 (Stuttgart). Ist eine Angabe tatsächlicher Art mehrdeutig, so genügt, daß sie mindestens ebensogut in dem Sinne verstanden werden kann, wonach die Angabe unrichtig ist, als in dem an sich möglichen anderen Sinne. — Darauf, ob sich mutmaßlich Leute finden, die auf Grund der unrichtigen Angabe allein den angepriesenen Artikel kaufen, kommt es nach § 1 nicht an.

5. **RG.** R. **06** 127. Bei der Frage, ob eine Bekanntmachung oder Mitteilung unrichtige Angaben tatsächlicher Art im Sinne des § 1 Abs. 1 UnlWG. enthält, kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Urheber derselben den Eindruck, den die Angaben inhaltlich machen, hervorrufen wollte oder nicht, und ob er den Erfolg voraussehen konnte oder nicht. Entscheidend ist die durchschnittliche Auffassung der Verkehrskreise, für welche dieselben im geschäftlichen Interesse des Urhebers bestimmt sind.

6. **RG.** UnlW. **5** 80. Ob eine Mitteilung eine unrichtige Angabe enthält, entscheidet die Auffassung der Verkehrskreise, für welche sie bestimmt ist. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. IV A 1 b α, B 8 d (das vorstehende Urteil ist das zweite des RG. in der gleichen Sache).

7. **a)** PucheltsZ. **06** 224 ff., 231 (Karlsruhe). Urteile als Tatsachen, z. B. wenn erkennbar bestimmte, das Urteil rechtfertigende Tatsachen angegeben werden, das Urteil also nur als Folgerung aus solchen erkennbaren Tatsachen hingestellt oder wenn eine Qualitätsbezeichnung gebraucht wird, die zwar dem Wortsinne nach nur eine lobende Hervorhebung der Güte enthält, die aber der Verkehrssitte nach bei Waren dieser Art dazu dient, eine bestimmte, nach festen Merkmalen erkennbare und abgegrenzte Qualität von anderen Qualitäten zu unterscheiden. **b)** **RG.** UnlW. **5** 79. Eine Behauptung tatsächlicher Art ist in einem Urteil schon dann enthalten, wenn das Urteil, wie es ausgesprochen ist, etwas als geschehen oder als vorhanden und in einer Weise aufstellt, daß das Vorhandensein des Behaupteten und seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv festgestellt werden kann.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen wurde. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. IV B 1. 1. **RG.** R. **06** 317. Für die Frage, ob im Sinne des § 1 UnlWG. eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art geeignet sei, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ist es nicht erforderlich, daß das Angebot im Verhältnis zu dem Angebot anderer Gewerbegenossen als günstiger erscheint. Es kann auch beim Anbieten einer Ware unter unrichtiger Mitteilung über ihre Beschaffenheit diese Voraussetzung gegeben sein. Im vorliegenden Falle hatte ein Fabrikant seine Waren (Kragen) mit unrichtigem Stempel „Leinen garantiert vierfach“ versehen.

2. v. Bönigk, UnlW. 5 51 f. (vgl. JDR. 4 § 1 Ziff. IV B 1). Bei Anpreisung eines bestimmten Sonderartikels ist die Angabe des Gründungsjahrs der Firma nicht darauf zu beziehen, daß dieser Artikel bereits seitdem von der Firma hergestellt sei, sondern nur darauf, daß die Firma seitdem den Fabrikationszweig betrieben hat, in den der Artikel fällt. — Einem gewerblichen Unternehmen, das ohne Unterbrechung unter derselben Firma gleichartige Waren hergestellt hat, und das durch Vergrößerung aus einem kleingewerblichen ein großgewerbliches geworden ist, steht das Recht zu, das Gründungsjahr des Kleingewerbes zugleich als das der Fabrik anzugeben.

3. HansGZ. 06 Beibl. 94 (Hamburg). Ein einfacher Töpfer, der keine Waren produziert, darf seinen Betrieb nicht „Kunsttöpferei" nennen. In einer solchen Bezeichnung liegt eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Denn das Publikum wird durch diese Angabe zu der irrigen Annahme verleitet, daß der Bekl. ihm unter Ausschaltung des die Waren verteuernden Zwischenhandels Waren eigener Produktion zu verkaufen in der Lage sei.

4. SächsRpflA. 06 374 (Dresden). Unlautere Reklame durch die unrichtige Behauptung eines Fabrikanten, sein Unternehmen sei die „erste und einzige Fabrik auf dem Gebiete der Herstellung von Biersyphons". Als das Wesentliche eines fabrikartigen Betriebs ist weiter nichts zu erfordern, als daß nach Arbeiterzahl, Umfang der Betriebsstätte und Quantität der Arbeitsprodukte der Betrieb einen größeren Umfang besitzt, als eine gewöhnliche Werkstätte, und daß das Prinzip der Arbeitsteilung bei der Herstellung der Arbeitsprodukte beobachtet wird.

5. **RG.** R. 06 1272. Für die Frage, ob Angaben, welche Inhaber von Badehäusern und Hotels in Badeorten über die in ihren Häusern den Gästen zur Verfügung stehenden Heilquellen in öffentlichen Ankündigungen machen, als unrichtige Angaben tatsächlicher Art, welche gegen § 1 UnlWG. verstoßen, zu erachten sind, kommt es wesentlich auf die Auffassung des beteiligten Publikums über die betreffenden Bezeichnungen und Verhältnisse an. In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, daß man unter einem individuell bezeichneten Brunnen (z. B. dem Kochbrunnen in Wiesbaden) nur die als solche zutage tretende Quelle versteht. Auf einen etwaigen unterirdischen Zusammenhang anderer Quellen mit demselben, sowie die Übereinstimmung der chemischen Zusammensetzung des Wassers kommt es dabei nicht an.

6. **RG.** R. 06 812. Die Bezeichnung einer Ware als Originalware, beispielsweise als „Original-Stoffwäsche" kann unbedenklich in dem Sinne verstanden werden, daß die angebotene Ware echte Stoffwäsche sei, namentlich, wenn dieses nach Art der Ware die durchgängige Auffassung des kaufenden Publikums ist.

7. ElsLothJZ. 06 1 ff. (Colmar). In den von einer Kaffeerösterei verteilten Reklamezetteln des Inhalts, daß infolge des direkten Kaffeebezugs der Rösterei die Konsumenten beim Einkauf in der Rösterei „bis 30 und 50 pCt." ersparen, liegt nicht eine bloß erlaubte Anpreisung allgemeiner Art, sondern diese Reklame enthält die bestimmte tatsächliche Behauptung, daß die Rösterei kraft ihrer vorteilhaften Geschäftsverbindungen in der Lage sei, beträchtlich billiger als ihre Konkurrenten zu verkaufen.

8. **RG.** R. 06 318. Auch in der Anbringung von Aufschriften auf der Ware selbst oder auf deren Umhüllung können unrichtige Angaben tatsächlicher Art, welche geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken, im Sinne des § 1 UnlWG. gefunden werden, so daß, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, der Anspruch auf Unterlassung gegeben ist. Bei

der in Frage stehenden Beurteilung kommt es wesentlich auf die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise an.

9. **a**) SächsRpflA. **06** 58 (Dresden). Die Behauptung, daß Biersyphons im Deutschen Reiche patentiert seien, ist eine Mitteilung tatsächlicher Art über die Eigenschaften der in den Geschäften der Bekl. bei der Abgabe von Bier an Kunden verwendeten Behälter und somit eine Angabe über ein geschäftliches Verhältnis. **b**) SächsRpflA. **06** 383 (Dresden). Die Bezeichnung einer Ware in Prospekten mit dem Zusatze „Deutsches Reichspatent Nr. . . .“ enthält einen Verstoß gegen § 1, wenn zur Zeit der Versendung der Prospekte ein Patent auf die Waren nicht besteht.

10. SächsRpflA. **06** 379 (Dresden). In der Anzeige, jemand „habe große Erfolge“, er mache für sein Unternehmen wöchentlich auf seine Kosten in mehr als 300 Zeitungen Reklame, ist der Tatbestand des § 1 erblickt worden.

11. BayRpflZ. **06** 345 (Bamberg). Die Angabe, alleiniger Lieferant oder Produzent einer Ware oder Alleinvertreter einer Firma zu sein, kann unter § 1 fallen.

12. SächsRpflA. **06** 376 (Dresden). Aus der Form der Anzeigen des Beklagten: „Ziehe die Zähne nach wie vor schmerzlos mittels Herbarin“, worin er auf vorgängige Anzeigen des Klägers Bezug nimmt, wird im Publikum der Glauben erweckt, daß der Beklagte ganz in der gleichen Weise wie der Kläger jederzeit und unbeschränkt in der Lage sei, Herbarin bei seinem Zahnziehen zu verwenden, daß ihm dieses Mittel genau so unbeschränkt wie dem Kläger zu Gebote stehe. Diese Behauptung entspricht nicht den Tatsachen. Denn dem Beklagten stand nur ein einziges Fläschchen Herbarin zu Gebote, das durch besondere Umstände ausnahmsweise, wennschon nicht nachweisbar widerrechtlich, in seine Hände gekommen war.

13. SächsRpflA. **06** 378 (Dresden). Unrichtige Angaben tatsächlicher Art enthalten die Anpreisungen eines Photographen, der behauptet, er sei in anderen Ateliers als „erste Kraft“ angestellt gewesen. Wäre behauptet, er habe in anderen Ateliers mit bestem Erfolge gearbeitet, so wäre darin nur eine allgemeine lobende Beurteilung seiner Leistungen zu erblicken.

14. Zeitungsgewerbe. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. IV B 9. **a**) Schäfer, GewRschutz **06** 147. Amtliche Ankündigungen dürfen frei verwertet und abgedruckt werden. Die Verwertung muß eine einwandfreie sein. Einwandfrei ist sie nur dann, wenn ihr nicht zugleich der Vorwurf gemacht werden kann, daß außer der öffentlichen Bekanntgabe und Weiterverbreitung ein unlauterer Zweck, nämlich die Hervorrufung einer Täuschung beim Publikum oder einer Verwechselung ein bloßer Scheinerfolg angestrebt werde. In dem Abdruck amtlicher Nachrichten kann beim Publikum der Anschein hervorgerufen werden, es handle sich um ein Amtsblatt. Inwieweit die Bestimmungen des UnlWG. eingreifen, ist Tatfrage. Verf. hält die Anwendung für zweifelhaft. Es können die Vorschriften der §§ 824 u. 826 BGB. helfen. **b**) SächsRpflA. **06** 379 (Dresden). Die Anzeige eines Zeitungsherausgebers, „der ‚Praktische Anzeiger‘ sei das einzig richtige, dabei billigste Mittel zur Erreichung von Verkäufen oder Erlangung von Teilhabern“, ist nur eine lobende Beurteilung und enthält für jedermann erkenntliche Übertreibungen. **c**) SächsRpflA. **06** 382 (Dresden). Eine Zeitung, welche etwa ein Drittel aller Familienanzeigen einer anderen Zeitung ohne deren Zustimmung entlehnt, erweckt den Anschein, als sei sie eine sehr weit verbreitete und bei den besseren Ständen beliebte und daher besonders zu vorteilhafter Reklame geeignete Zeitung, die den Vorzug vor den Konkurrenzblättern verdiene. **d**) **RG.** UnlW. **5** 67. Es verstößt gegen § 1, wenn der Verleger einer Zeitschrift, deren Titel geändert wird, dem neuen Titel die Bezeichnung des Jahr-

ganges zufügt, welchen die Zeitschrift unter dem alten Titel gehabt hätte. — Erfahrungsgemäß ist das Alter eines Blattes von Wichtigkeit für seine Wertschätzung. In dieser Beziehung kann es auch von Bedeutung sein, ob eine Zeitschrift unverändert unter demselben Titel viele Jahre bestanden und einen festbegründeten Leserkreis hat, oder ob sie erst kürzlich aus einer anderen Zeitschrift mit anderem Titel hervorgegangen ist. e) **RG.** R. **06** 128, UnlW. **5** 119. Die Angabe in einer öffentlichen Bekanntmachung oder in einer für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilung, eine Zeitung habe mit „Nebenausgaben" eine gewisse Auflage von Exemplaren, verstößt gegen § 1 UnlWG., wenn mit Nebenausgabe etwas anderes gesagt sein soll, als eine im wesentlichen textlich mit dem Hauptblatt übereinstimmende Ausgabe für einen anderen Ort.

15. **RG.** UnlW. **5** 68. Die Ausstattung eines Schaumweins, der aus in der Champagne hergestellten cuvée in Deutschland fertiggestellt wurde, verstößt gegen § 1, wenn der Herstellungsort der cuvée — Reims — in auffallenderer Schrift und an auffallenderem Orte angebracht ist als der Ort der Fertigstellung in Deutschland, oder wenn der Herstellungsort der cuvée ohne einen Zusatz verwendet wird, der die Fertigstellung des Fabrikats in Deutschland deutlich erkennbar macht.

16. Fuld, UnlW. **5** 93 ff. Um als „Ersatz" bezeichnet werden zu dürfen, muß eine Ware wenigstens in der Hauptsache dieselben Eigenschaften haben, welche die Ware hat, die durch sie ersetzt werden soll; hat das Surrogat diese Eigenschaften nicht, so kann die Bezeichnung „Ersatz" nicht als berechtigt angesehen werden.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen wurde. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. IV C. 1. PuheltsZ. **06** 414 (Cöln). Die Anzeige einer Firma, daß sie bei der Verlegung von Linoleum eine besondere Methode, ein besonderes Verfahren anwende, ist zwar eine tatsächliche Behauptung, welche aber keine Angabe tatsächlicher Art enthält. Es handelt sich nur um allgemein gehaltene Anpreisungen.

2. **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 61 ff., 64 hat das JDR. **4** § 1 Ziff. IV C 6 mitgeteilte Erkenntnis des OLG. Hamburg aufgehoben und zurückverwiesen.

D. Einzelne Ausdrücke. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. IV D. 1. ElsLothJZ. **06** 1 (Colmar). Unter Kaffeerösterei versteht man nach dem Sprachgebrauch und der Verkehrsanschauung nur ein Geschäft, in dem Kaffee geröstet wird, nicht ein solches, in dem nur gerösteter Kaffee verkauft wird. Solange nicht in dem Geschäft Kaffee geröstet wird, stellt jene Benennung eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art und zugleich eine Angabe dar, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Denn eine Rösterei, in der stets frisch gerösteter Kaffee zu erhalten ist, übt auf das Publikum eine größere Anziehungskraft aus, als ein gewöhnliches Kaffeegeschäft. — Unter einem Spezialgeschäft kann nach dem Sprachgebrauche und den Anschauungen des wirtschaftlichen Lebens nur ein solches Geschäft verstanden werden, in dem der ganze Geschäftsbetrieb aufgebaut ist auf bestimmte Spezialwaren, das sich also entweder ausschließlich oder doch so überwiegend mit deren Vertrieb befaßt, daß anderen etwa noch geführten Waren daneben nur eine nebensächliche Rolle zukommt. Ein Spezereigeschäft, daß neben Kaffee noch viele andere, mit dem Kaffee in keiner Beziehung stehende Waren führt, kann sich nicht Kaffeespezialgeschäft nennen.

2. SächsRpflA. **06** 377 (Dresden). Die Bezeichnung eines Unternehmens als „Spezialwerk für Roststäbe und Feuerungsanlagen" ist nur richtig, wenn der Anpreisende lediglich ein technisches Bureau besitzt, in dem Feuerungsanlagen entworfen und aus Roststäben und Einzelteilen zusammengestellt werden,

die von wo andersher bezogen wurden. Unrichtig ist auch die Bezeichnung als Spezialwerk.

3. RG. R. **06** 812, GewRschutz **06** 322. Die Bezeichnung Originalstoffwäsche bedeutet, daß die Materialien, aus denen Stoffwäsche hergestellt werde echt seien und daß insbesondere der Kragenüberzug wirklich aus Stoff und nicht aus Papier besteht.

4. RG. JW. **06** 577, GewRschutz **06** 321. Untersagung der Bezeichnung des „Pomril“ als eines Apfelsaftes. Unter Apfelsaft ist eine durch Pressen aus frischen Äpfeln gewonnene Flüssigkeit zu verstehen; ein aus gedörrten Äpfeln durch Auslaugen mit Wasser hergestelltes Erzeugnis ist kein Apfelsaft.

5. Fuld, UnlW. **5** 114. Die Bezeichnung „Spezialarzt“ verstößt nicht gegen das Gesetz.

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. V. 1. RG. R. **06** 1382. Die Angabe, daß jemand Alleinvertreter für den Absatz gewisser Fabrikate aus einem Industrieorte sei, ist für sich allein nicht als geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, zu erachten, und es ist daher insoweit der § 1 UnlWG. nicht anwendbar.

2. RheinA. **103** I 15 (Cöln). Die Anzeige „Möbelfabrik in Konkurs Gebr. B. . . . Die gesamten Warenlager aus dem Konkurse Gebr. B. werden weit unter dem Preise verkauft . . .“ enthält den Anschein, als ob es sich um einen vom Konkursverwalter veranstalteten Ausverkauf handle. Die Anzeige war erlassen von dem Käufer des Möbellagers.

3. RG. (Strafs.) DJZ. **06** 85. Geschieht die Reklame mittels eigentlicher Täuschung des Publikums oder doch bestimmter Personenkreise, so überschreitet sie die erlaubten Grenzen der freien Erwerbstätigkeit und greift in die Individualrechte anderer, in den redlichen Gewerbebetrieb über. In dem Verbot der betrugsähnlichen Praktiken unehrlicher Konkurrenz liegt hiernach der Schwerpunkt der §§ 1 u. 4 d. G.; als subjektive Voraussetzung der letzteren Norm muß hierzu noch die Absicht treten, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Da Absatz und Umsatz wohl ausnahmslos den Zweck eines jeden Verkaufsanerbietens bilden und jede derartige Offerte den Schein eines günstigen Angebots anstreben wird, so ist dem Wort „besonders“ in der fragl. Wendung die entscheidende Bedeutung beizumessen. Nach dem Sprachgebrauch besagt dies, daß die Offerte eine außerordentliche, vor den üblichen Gelegenheiten sich auszeichnende und daß die gewährten Vorteile so ungewöhnliche seien, wie sie die Konkurrenz im allgemeinen nicht bietet.

4. RG. UnlW. **5** 94. Zum Anschein eines besonders günstigen Angebots ist nicht notwendig, daß das Angebot bezüglich des Preises oder des verwendeten Rohmaterials besonders günstig sei.

5. RG. SeuffA. **61** 58, s. schon JDR. **4** § 1 Ziff. V 3.

6. KG., GewRschutz **06** 53 ff., s. JDR. **4** § 1 Ziff. V 4 (886).

7. RG. (Strafs.) JW. **06** 258, ZIndR. **1** 132. Die Bezeichnung „Konsumanstalt“ erweckt den Anschein genossenschaftlicher Einrichtung. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. V 6.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1. Vgl. JDR. **4** § 1 Ziff. VI.

1. Geschäftliche Verhältnisse (Beispiele s. o. Ziff. IV B u. C).

2. Beschaffenheitsbezeichnung (vgl. JDR. **2** § 1 Ziff. VI 2).

3. Preisbemessung (Beispiele s. o. Ziff. IV).

4. Bezugsquelle. (JDR. **4** § 1 Ziff. VI 4).

5. Herkunftsbezeichnung. HansGZ. **06** Hauptbl. 307 (Hamburg). Die Bezeichnung Münchener Bier ist Herkunftsbezeichnung und nicht zur bloßen Qualitätsbezeichnung geworden.

6. Auszeichnungen. **a)** **RG. 63** 256, JW. **06** 403, GewRschutz **06** 322. Indem das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes im § 1 u. a. dem mit den Auszeichnungen getriebenen Reklameunfug durch das Verbot unrichtiger Angaben über den Besitz von Auszeichnungen entgegentritt, kann für die Frage, welche Auszeichnung und wofür sie verliehen worden ist, nur die Verleihungsurkunde selbst, ihr Wortlaut und ihr sich aus diesem ergebender Sinn maßgebend sein; denn nur hiernach läßt sich mit Sicherheit feststellen, ob die Angabe richtig bzw. unrichtig ist; wollte man in Abweichung von dem Wortlaut und dem sich aus ihm ergebenden Sinne noch auf die Gründe für die Gewährung der Auszeichnung und darauf zurückgehen, was eigentlich der Preisrichter auszeichnen wollte, so würde in vielen Fällen ein Ergebnis kaum zu erzielen sein, und nur Ungewißheit entstehen. Der Zweck der namentlich auf Ausstellungen erteilten Preise besteht gerade darin, nach außen hin die anerkannte Trefflichkeit einer Leistung kund zu tun und damit dem Ausgezeichneten die Möglichkeit zu gewähren, im Wege der erlaubten Reklame auf seine Leistungen aufmerksam zu machen; der unlauteren Reklame würde aber Tür und Tor geöffnet sein, wenn man gestatten wollte, hinsichtlich des Inhalts und der Erklärung der Auszeichnung auf die inneren Vorgänge und Meinungen, die sich bei der Preisverteilungsstelle abgespielt haben, und für sie vielleicht bestimmend waren, zurückzugehen. So hat denn auch der Senat bereits in seiner Entscheidung Rep. II 99/02 ausgesprochen, die Auffassung, daß die Auszeichnung nur in derjenigen Fassung, wie sie tatsächlich erteilt worden sei, zur Reklame benutzt werden dürfe, sei nicht rechtsirrig. **b)** Lienau, GewRschutz **06** 328 über Medaillenunwesen und Ausstellungsschwindel.

7. Anlaß des Verkaufs. **a)** **RG.** UnlW. **5** 41. Der Käufer des Warenlagers aus einer Konkursmasse, der andere Waren in weit größeren Mengen nachträglich bezogen hat, verstößt gegen § 1, wenn er in seinen Ankündigungen zwar den Verkauf auf anderen Waren anzeigt, das Publikum seine Ankündigungen indessen dahin auffassen muß, daß der Verkauf lediglich durch den Erwerb der billig entstandenen Konkursmasse veranlaßt sei und daß nur nebenbei andere Waren in unbedeutendem Umfange gelegentlich mitverkauft wurden.

b) PucheltsZ. **06** 224 ff., 240 (Karlsruhe). Verstoß gegen § 1 in der Ankündung „Totaler Ausverkauf, um das Lager rasch zu räumen", wenn an Räumung nicht gedacht wird. Ein reeller Ausverkauf schließt gewisse Ergänzungen nicht aus, soweit dies nötig ist, um den Absatz vorhandener Waren, z. B. durch Beschaffung fehlender Stücke einer einheitlichen Garnitur, zu fördern.

c) BadRpr. **06** 362 (Karlsruhe) hält an der vom **RG.** (Strafs.) **30** 259 (JDR. **2** § 1 Ziff. 7a) gegebenen Begriffsbestimmung des Ausverkaufs fest. Ausverkauf ist die Veräußerung der vorhandenen Vorräte zum Zwecke der Beendigung, sei es des Geschäftsbetriebs im ganzen, sei es des Verkaufs einer gewissen Warengattung.

d) Fuld, GewRschutz **06** 325. Ein Ausverkauf ist nur dann vorhanden, wenn die Absicht besteht, zum Zwecke der Beendigung des ganzen Geschäfts oder eines Teiles desselben die vorhandenen Warenvorräte mit möglichster Beschleunigung zu veräußern. Es ist daher eine unrichtige Anwendung des Wortes, wenn jemand einen Saisonausverkauf ankündigt. Er kann nur einen Saisonverkauf ankündigen und erreicht hiermit seinen Zweck vollkommen. Beim Ausverkauf müßten Nachschübe absolut und ausnahmslos verboten sein.

e) Ausverkaufswesen vgl. Leander, UnlW. **5** 133, Magnus, DWirtschZ. **06** 784; vgl. UnlW. **6** 33. Vgl. die eingehenden Gutachten von Lobe, 28. DJT. I 317 ff. und von Magnus, 28. DJT. II 352.

VII. Unterlassungsanspruch. Vgl. JDR. 4 § 1 Ziff. VII. 1. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 179/181. Die hier gewährte Unterlassungsklage ist nichts als ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. (Näheres über ihre Voraussetzungen und ihr Ziel oben im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.) Sie setzt — was Pinner verkennt — die Gefahr weiterer künftiger Verletzung voraus.

2. a) SächsRpflA. **06** 383 (Dresden). Für den Unterlassungsanspruch ist in subjektiver Hinsicht nur erforderlich, daß der Beklagte die objektiv unrichtigen Angaben vorsätzlich gemacht hat. Nicht erfordert wird dazu, daß er die Unrichtigkeit der angegebenen Tatsachen kannte, oder daß er sie fahrlässigerweise nicht gekannt hat. Auch der Nachweis des guten Glaubens genügt nicht. **b) RG.** R. **06** 64. Die Zulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unrichtigen Angabe ist nicht durch ein besonderes Verschulden, insbesondere eine Täuschungsabsicht des Bekl. bedingt. Aber die Täuschungsabsicht kann als ein Beweismoment für die Beantwortung der Frage in Betracht kommen, in welchem Sinne die Angabe von dem Bekl. gemeint und von dem Publikum zu verstehen war.

3. SächsRpflA. **06** 375 (Dresden). Die Unterlassungsklage aus § 1 UnlWG. erfordert nicht einen fortbestehenden rechtswidrigen Zustand, ein einmaliger Verstoß kann und wird in der Regel genügen. Nur dann, wenn die Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz bereits längere Zeit, ehe der Gegner zu gerichtlichen Maßnahmen schritt, endgültig eingestellt worden sind, so daß deren Wiederholung nicht erwartet werden kann, mag die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs unzulässig sein.

4. **RG.** UnlW. 5 68. Das vom Richter auszusprechende Verbot gegen die Wiederholung unrichtiger Angaben braucht dieselben nicht einzeln und wörtlich im Tenor aufzuführen, sondern es genügt, das Verbot für dasjenige auszusprechen, was in den gegebenen Fällen das Wesen der Zuwiderhandlung gegen das Gesetz bildete, im Zweifelsfalle geben die Urteilsgründe die nähere Aufklärung.

5. **RG.** R. **06** 1013. Auf Unterlassung von unrichtigen Angaben tatsächlicher Art im Sinne des § 1 UnlWG. in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, kann auch gegen den Konkursverwalter als solchen Klage erhoben werden, wenn diese Bekanntmachungen von demselben ausgegangen oder in dessen Auftrag oder mit seinem Einverständnis erfolgt sind.

§ 3. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 245/247. Der Zusatz, „auch wenn die in den §§ 814, 819 (jetzt §§ 935, 940) ZPO. bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen" ist sinnlos. Wo ein Gewerbtreibender unrichtige Angaben gemäß § 1 zu befürchten hat, da treffen die im § 935 ZPO. bezeichneten Voraussetzungen immer zu. Denn jede künftige unrichtige Angabe ist eine Veränderung des bestehenden Zustandes, durch welche die Verwirklichung des Anspruchs auf Unterlassung solcher Angaben teilweise vereitelt wird.

§ 4. 1. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **06** 143. Nicht abzusehen ist, warum unter den Angaben nur wirkliche Auslassungen verstanden werden sollten und nicht Behauptungen überhaupt, die auch durch bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen Ausdruck finden können. Das Gesetz stellt im § 1 Abs. 4 ausdrücklich die bildlichen Darstellungen und sonstigen Veranstaltungen den Angaben tatsächlicher Art gleich. Freilich hat dieser Satz in dem § 4 keine Aufnahme gefunden, und nach den Mot. (15) wäre dies auch vom Gesetzgeber mit Vorbedacht unterlassen worden, wenigstens soweit ausschließlich bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen in Betracht kommen, welche die unwahren Angaben ersetzen sollen, weil solche nicht weniger bedenklich sein sollen, als Wort-

reklamen. Allein daran muß festgehalten werden, daß zum mindesten in den Fällen, in denen tatsächliche Angaben gemacht werden, die erst ihre Ergänzung oder Erläuterung durch bildliche Darstellungen oder sonstige Veranstaltungen erhalten, der Tatbestand des § 4 erfüllt sei.

2. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **06** 143. Den Gegensatz zu den wissentlich unwahren Angaben tatsächlicher Art, welche eine der Voraussetzungen des Vergehens der unlauteren Reklame nach § 4 UnlWG. bilden, stellen, wie die Mot. (10) aussprechen, unrichtige oder übertriebene Urteile über die Beschaffenheit der ausgebotenen Waren dar. Solche allgemeinen Anpreisungen, mögen sie auch der Wahrheit nicht entsprechen, fallen nicht unter den Begriff der unlauteren Reklame (**RG.** (Straff.) **30** 406, **34** 140).

3. **RG.** R. **06** 699. In dem Angebot, das sich in Wahrheit auf den Verkauf eines Möbelhändlers bezieht, kann, wenn auch die einzelnen Behauptungen der Ankündigung, wörtlich genommen, wahr sind, eine objektiv unwahre Angabe über die Bezugsquelle und über den Anlaß und Zweck des Verkaufs erblickt werden, wenn aus der Fassung des Angebots zu entnehmen ist, daß es sich um den Verkauf der Möbel eines Privatmannes handle, der sie aus irgendeinem besonderen Grunde veräußern wolle oder müsse, und daß ein Privatmann, nicht ein gewerbsmäßiger Möbelhändler, der Verkäufer sei.

4. **RG.** R. **06** 260. Wenn eine Bekanntmachung nach Form und Inhalt so abgefaßt ist, daß derjenige Teil des Publikums, für den sie berechnet ist, an einen Privatgelegenheitskauf denken muß, während der Bekanntmachende in Wirklichkeit das Geschäft eines Agenten und Zwischenhändlers in Beziehung auf Hausgeräte betreibt und nur neue Gegenstände umzusetzen sucht, so wird seine Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß die einzelnen Tatsachen in einer Fassung sich darstellen, die, wörtlich betrachtet, nichts Falsches enthalten.

5. SächsOLG. **27** 106 (Dresden). Vergehen gegen § 4 durch Anpreisen ärztlicher Heilmittel.

§ 6. 1. Marcus, UnlW. **5** 78. Für die Frage, ob im Falle des § 6 Zivilklage auf öffentlichen Widerruf gegeben ist, wenn die üble Nachrede in einem Zeitungsinserat enthalten war, muß unterschieden werden zwischen den Ansprüchen auf Schadensersatz und dem auf Unterlassung. Für letztere sind die Rechtsschutzmittel, abgesehen von der Publikationsbefugnis aus § 13 Abs. 4 UnlWG., im § 6 erschöpfend aufgezählt. Ein Zivilanspruch auf Widerruf ist hier ausgeschlossen. Für den Schadensersatzanspruch dagegen wäre solcher aus § 249 BGB. herzuleiten. Wer durch ein Zeitungsinserat den Tatbestand aus § 6 WettbewG. hervorgerufen hat, wird grundsätzlich zur Beseitigung des Schadens durch Widerruf anzuhalten sein.

2. **RG.** UnlW. **5** 67. Enthält ein Zirkular nur in einzelnen Stellen Angaben, die gegen § 6 verstoßen, so kann sein Inhalt nur insoweit verboten werden, als er gegen § 6 verstößt, weil das Verbot sonst Behauptungen mitumfassen würde, für welche die im § 6 aufgestellten Erfordernisse nicht zutreffen und hinsichtlich deren daher das Verbot nicht gerechtfertigt ist.

3. Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. im allgemeinen o. § 1 Ziff. IV. **a**) Fuld, UnlW. **5** 63. Unter Behauptungen im Sinne des § 6 sind nicht nur ausdrückliche Erklärungen zu verstehen, sondern auch solche, die in einem Handeln bestehen, das nach Lage des einzelnen Falles im Hinblick auf die Auffassung des in Betracht kommenden Publikums als eine Äußerung behauptender Art sich darstellt. — In der Anbringung eines Reklameplakats einer Fabrik in dem Schaufenster eines Geschäfts erblickt das Publikum die Behauptung, daß das betreffende Geschäft mit der betreffenden Fabrik in Geschäftsverbindung steht, auf Grund welcher die Fabrikate dieser ihm zum Zwecke des Weiterverkaufs übergeben wer-

den. — Hat sich ein Geschäft, z. B. ein Bazar oder ein Warenhaus, gegen den Willen der Fabrik auf Umwegen die Waren der Fabrik und ihre Reklametafeln verschafft, so kann gegen die Anbringung der Plakate mit der Unterlassungsklage wirksam vorgegangen werden.

b) Einzelne Fälle. α. **RG.** UnlW. 5 79. Angabe tatsächlicher Art ist: die gewürzte Pflanzenbutter, wie solche von der Kl. hergestellt werde, falle unter das Margarinegesetz. β. SächsRpflA. **06** 389 (Dresden). Die Äußerung des Bekl.: „Die Bäder des Klägers seien nicht so gut, wie die seinigen", „der Kläger könne das Wasser gar nicht haben, die Schwefelkohle liege erst tiefer, wo sie (Beklagte) ihr Wasser herhätten", enthält einen Verstoß gegen § 6. γ. Frankf. Rundsch. **06** 140 (Frankfurt). Die Behauptungen, eine Hütte fabriziere augenblicklich überhaupt nicht, da sie nicht genügend beschäftigt sei, es werde nur vom Lager verkauft, sind objektiv geeignet, den Betrieb zu schädigen. δ. ElsLothJZ. **06** 398 (Colmar). Kläger hatte inseriert, für den Eröffnungstag werde den Kunden ein „sehr praktischer, verschließbarer Eierschrank" gratis beigegeben. Bekl. hatte kurze Zeit darauf inseriert: Zugaben jeder Art, Eierschränkchen usw., wie solche von auswärtigen Firmen beigegeben werden, müssen seitens des Käufers stets mitbezahlt werden. § 6 ist nicht für anwendbar erklärt.

c) Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. o. § 1 Ziff. IV A 7. α. JW. **06** 93. Eine Behauptung tatsächlicher Art ist in einem Urteil schon dann enthalten, wenn das Urteil, wie es ausgesprochen ist, selbst etwas als geschehen oder als vorhanden und in einer Weise aufstellt, daß das Vorhandensein des Behaupteten und seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv festgestellt werden kann. β. **RG.** R. **06** 192. Urteile, z. B. dahingehend, eine gewisse Handlung verstoße gegen ein Gesetz und sei danach unzulässig und strafbar, sind dann Behauptungen tatsächlicher Art im Sinne des § 6 UnlWG., wenn dabei etwas als geschehen und als vorhanden und in einer Weise aufgestellt wird, daß das Vorhandensein des Behaupteten und seiner Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv festgestellt werden kann.

4. **a**) SächsRpflA. **06** 389 (Dresden). Der Zweck erfordert nicht, daß der, der die Äußerung tut, den eigenen Wettbewerb fördern will, es genügt, wenn er den Wettbewerb eines Dritten unterstützen will. **b**) SächsRpflA. **06** 387 (Dresden). Wenn im § 6 ähnlich wie in §§ 9 und 10 UnlWG. im Gegensatz zu den übrigen Bestimmungen ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbs" erfolgt, so hat damit nicht ein besonderer, bei den übrigen Bestimmungen nicht vorausgesetzter Zweck erfordert werden sollen. Die Hervorhebung erklärt sich vielmehr daraus, daß an sich die üble Nachrede des § 6 auch außerhalb jedes Wettbewerbsverhältnisses, abseits des Wettkampfes stattfinden kann, während die meisten übrigen Tatbestände jenes Gesetzes schon an und für sich Wettbewerbshandlungen sind und sich als solche auch ohne besondere Betonung des Wettbewerbsverhältnisses kennzeichnen, wie z. B. die Reklame. Es soll sonach nur dies an sich Selbstverständliche gesagt sein, daß die üble Nachrede im Wettbewerbsverhältnis gebraucht, als Kampfmittel verwendet wird, um dem Wettkampf zu dienen. Eine ausschließlich auf den Wettbewerb gerichtete Absicht, ein darin liegender Beweggrund, wird nicht vorausgesetzt.

5. **a**) *Eltzbacher, Unterlassungsklage 179/181. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nichts als ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. (Näheres über ihre Voraussetzungen und ihr Ziel oben im Anhange zum 6. Abschnitte des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.) Sie setzt, was Pinner verkennt, die Gefahr weiterer künftiger Verletzung voraus. **b**) SächsRpflA. **06** 391 (Dresden). Nachdem **RG.** **50** 109 ein berechtigtes Interesse an der Aufstellung oder Verbreitung unwahrer Behauptungen in Kenntnis

ihrer Unwahrheit verneint hatte, hat das erkennende Gericht in einer früheren Sache die Klage auf Unterlassung (der Wiederholung) von Behauptungen zugelassen, deren Unwahrheit vom Mitteilenden bewiesen wurde. Infolge **RG. 60** 6 (vgl. JDR. **4** § 824 BGB. Ziff. 7b) wird die Unterlassungsklage aus § 6 zugelassen, ohne daß es eines Verschuldens des Mitteilenden bedarf. Vgl. das. 401 (Dresden). **c**) R. **06** 1383, FrankfRundsch. **06** 140 (Frankfurt). Der Kläger braucht im Falle der Unterlassungsklage nicht nachzuweisen, daß ihm durch die betreffenden Behauptungen tatsächlich ein materieller Schaden schon entstanden ist. **d**) R. **06** 64 (Braunschweig). Das wahrheitswidrige Berühmen, das gewerblich geschützte Fabrikat eines anderen als Spezialität zu führen, erzeugt einen Klaganspruch auf Unterlassung. **e**) **RG.** UnlW. **5** 145. Das nach § 6 zu erlassende Verbot der Wiederholung oder Verbreitung einer Behauptung hat regelmäßig den Inhalt der vom Beklagten aufgestellten Behauptung dem Wortlaute nach wiederzugeben. Ausnahmsweise sind Abweichungen von diesem Wortlaut in der Fassung des Verbots zulässig, wenn diese Fassung den wirklichen Sinn der getanen Äußerung wiedergibt und sich überdies nach der gegebenen Sachlage als notwendig oder angemessen darstellt, um den Zweck des Gesetzes zu erfüllen.

6. Abs. 2. Vgl. JDR. **4** § 6 Ziff. 7. **a**) **RG.** R. **06** 451. Nach § 6 UnlWG. können zwar Behauptungen tatsächlicher Art, welche geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts eines anderen oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, regelmäßig nur in der Fassung untersagt werden, in der sie vom Beklagten aufgestellt sind. Eine Ausnahme ist hiervon indessen zulässig, sofern das Verbot den wirklichen Sinn der gemachten Äußerung wiedergibt, wenn die Änderung nach der besonderen Sachlage notwendig oder angezeigt ist, um den Zweck des Gesetzes zu erfüllen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn in der beanstandeten Äußerung der Geschäftstreibende, gegen den dieselbe sich richtet, nicht ausdrücklich genannt ist, aber aus der Sachlage sich ergibt, daß er gemeint war, und dieses in den Kreisen, in denen die betreffende Kundgebung Verbreitung gefunden hat, auch so aufgefaßt wird. **b**) **RG.** UnlW. **5** 145. Das Interesse des Mitteilenden am Wettbewerbe allein ist kein berechtigtes Interesse i. S. des § 6 Abs. 2. **c**) Fuld, UnlW. **5** 127 ff. Nach § 6 UnlWG. kann auch gegen denjenigen vorgegangen werden, welcher die Äußerung im Interesse des Wettbewerbes einer ganzen Gruppe von Interessenten tut, wobei es vollkommen bedeutungslos ist, ob der Täter selbst Gewerbetreibender und Konkurrent im engeren Sinne ist oder nicht. — Die Anwendung des § 6 wird durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß neben dem Wettbewerbszwecke noch andere erlaubte Zwecke verfolgt werden, sofern nicht etwa ein berechtigtes Interesse i. S. des Abs. 2 d. § 6 vorhanden ist. — Das im § 6 konstruierte Delikt ist ein Konkurrenzdelikt. — Die Anwendung des § 6 ist ausgeschlossen, wenn eine Äußerung nur zu wissenschaftlichen Zwecken gemacht wird, dies ist dagegen nicht der Fall, wenn der wissenschaftliche Zweck neben dem Zwecke des Wettbewerbs konstatiert wird. **d**) **RG.** R. **06** 572. Auf Abs. 2 des § 6 UnlWG., wonach die Bestimmungen des ersten Absatzes daselbst keine Anwendung finden, wenn der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat, kann sich der Mitteilende dann niemals mit Erfolg berufen, wenn seine Mitteilungen über das Erwerbsgeschäft eines anderen lediglich zu Wettbewerbszwecken erfolgt sind. **e**) R. **06** 1383 (Frankfurt). Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 6 Abs. 2 UnlWG. gegenüber der Unterlassungsklage ist unbedenklich anzunehmen; auch ist die Vorschrift nicht nur auf die im Wege der kaufmännischen Auskunftserteilung erfolgten Mitteilungen zu beschränken. **f**) Abs. 2. **RG.** UnlW. **5** 80. Berechtigtes Interesse eines Publizisten bei Veröffentlichung im Kampfe gegen den Tabak-Trust.

§ 7. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 143/144. Der Verletzte hat die Unterlassungsklage. (Näheres o. im Anhange zum 6. Abschnitte des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.)

§ 8. 1. BayRpflZ. **06** 345 (Bamberg). § 8 gewährt keine Popularklage. Klageberechtigt ist nur, wer sich der mißbrauchten Geschäftsbezeichnung befugterweise bedient.

2. Schutz der Firma. **a)** SeuffBl. **06** 298 (Stuttgart). § 8 erfordert nicht die Gebräuche einer Firma im engeren Sinne des § 37 Abs. 2 HGB., vielmehr genügt jede Art der Benutzung, selbst eine Benutzung der Firma in abgeänderter Gestalt. Täter kann nicht bloß der Inhaber, sondern auch ein Angestellter eines Handelsgeschäfts sein. Ist in der mißbräuchlich benutzten Firma zugleich der Name des Firmeninhabers enthalten, so ist auch ein Anspruch aus § 12 BGB. begründet. **b)** SächsRpfl. **06** 392 (Dresden). Die Firma eines anderen kann dadurch mißbraucht werden, daß jemand, der den gleichen Familiennamen wie der andere führt, als Strohmann in die Firma aufgenommen wird. Es handelt sich um Nachahmung von Dörings Seife. **c)** R. **06** 1383 (Frankfurt). Wenn in zwei Firmen ein und derselbe Name vorkommt, so ist es Sache der jüngeren Firma, dafür zu sorgen, daß trotz der Namensübereinstimmung die Verschiedenheit der beiden Firmen deutlich zutage tritt, namentlich wenn beide in demselben Geschäftszweige tätig sind. **d)** UnlW. **5** 135, FrankfRundsch. **06** 90 (Frankfurt). Fall Heidsieck. Auch Firmen in abgekürzter Gestalt oder wesentliche Teile einer Firma sind durch das UnlWG. geschützt. — § 8 erfordert nur die Verwechselungsgefahr, nicht auch, daß Verwechselungen vorgekommen sind.

3. Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts. Vgl. IDR. **4** § 8 Ziff. 3. **a)** **RG.** JW. **06** 397, UnlW. **6** 30. Es ist Tatfrage, ob es sich um eine besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts handelt oder nicht. Als Grundsatz muß aber aufgestellt werden, was Gemeingut des Verkehrs geworden ist, kann von einem einzelnen Gewerbetreibenden nicht monopolisiert werden. Insoweit daher ein Wort zur Bezeichnung von Unternehmen gewisser Art im Verkehr gebräuchlich, also Gattungsbezeichnung geworden ist, insoweit steht einem jeden Gewerbetreibenden der Gebrauch des Wortes zur Bezeichnung seines Unternehmens der betreffenden Art in verkehrsüblicher Weise zu; insoweit kann von einer besonderen Bezeichnung des Erwerbsgeschäfts eines einzelnen nicht die Rede sein. (Gebrauch d. Wortes Kurhaus.) **b)** **RG.** R. **06** 1208. Für die Frage, ob die besondere Bezeichnung eines Theaterunternehmens in einer großen Stadt geeignet ist, Verwechselungen mit der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer für ein gleichartiges Unternehmen befugterweise bedient, und ob danach insoweit die Voraussetzung des § 8 UnlWG. gegeben ist, kommt es nicht lediglich auf die Auffassung der einheimischen Bevölkerung, sondern auch darauf an, ob nicht bei dem regelmäßig großen Fremdenverkehr eine Verwechselungsgefahr bei den Fremden als naheliegend zu erachten ist. Sodann kommt in einem solchen Falle wesentlich auch in Betracht, ob die Verwechselungsgefahr besteht und beabsichtigt ist, hinsichtlich des Ansehens und des eigentümlichen Charakters eines gewerblichen Unternehmens durch die Art, wie ein anderer die Bezeichnung benutzt. **c)** SächsRpflA. **06** 394 (Dresden). Es kommt nicht darauf an, ob die Bezeichnung sich als ein Ergebnis schöpferischer Geistestätigkeit oder als Erfindergedanke darstellt. Entscheidend ist nur, ob die gewählte Bezeichnung einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter hat. **d)** R. **06** 1383 (Frankfurt). Maßgebend für die Frage, ob Verwechselungsgefahr vorliegt, ist die Auffassung der kaufenden Kreise; ob der Wiederverkäufer imstande ist, zwischen den verschiedenen Fabrikaten mit Sicherheit zu unterscheiden, ist unerheblich. **e)** SächsRpflA. **06** 394 (Dresden). Die Bezeichnung „Salatküche" für ein Kochbuch ist vermöge

der eigenartigen Zusammenstellung der Worte als besondere Bezeichnung einer Druckschrift anzusehen. **f)** **RG.** JW. **06** 774. Wird eine Firma lediglich zu dem Zwecke gewählt, um einer anderen Konkurrenz zu machen, so kommt es auf Zusätze, wie Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Ortsbezeichnung nicht an. Derartigen Zusätzen wird eine Unterscheidungskraft in den beteiligten Verkehrskreisen nicht beigelegt. **g)** **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 209, UnlW. 5 128 hat die Revision gegen das Urteil des OLG. Hamburg (JDR. **4** § 8 Ziff. 3e) verworfen. **h)** BayRpflZ. **06** 345 (Bamberg). Die Bezeichnung „Xsteiner Falzziegel" fällt nicht unter § 8.

4. **a)** *Eltzbacher, Unterlassungsklage 179/181. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. (Näheres über ihre Voraussetzungen und ihr Ziel oben im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.) Sie setzt, was Pinner verkennt, die Gefahr weiterer künftiger Verletzung voraus. **b)** **RG.** JW. **06** 365. Zwar ist im § 8 UnlWG. nur ein „Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung" erwähnt. Im vorliegenden Falle hat aber das Berufungsgericht festgestellt, daß jede Art der Benutzung der Firma der Beklagten eine mißbräuchliche ist; denn es hat die klägerische Behauptung für bewiesen erachtet, daß die Beklagte die streitige Firma lediglich deshalb gewählt habe, um Verwechselungen mit derjenigen der Klägerin hervorzurufen. Hierdurch ist aber zugleich allgemein festgestellt, daß die ganze seitherige Benutzung der fraglichen Firma seitens der Beklagten zu dem erwähnten mißbräuchlichen Zwecke erfolgt ist und daß auch die gesamte Benutzung derselben in Zukunft dem nämlichen mißbräuchlichen Zwecke dienen würde. Durch diese und die weiter von dem Berufungsgerichte getroffene Feststellung einer bezüglich jeder Art der Benutzung dieser Firma gegebenen objektiven Verwechselungsgefahr wird aber die Annahme begründet, daß die gesamte Benutzung der Firma der Beklagten in der Vergangenheit eine mißbräuchliche im Sinne des UnlWG. war und es im Falle der Fortdauer auch in Zukunft sein würde. **c)** Finger, GewRschutz **06** 346, schlägt vor, den § 8 in zivilrechtlicher und strafrechtlicher Hinsicht auszubauen und zwar im Anschluß an §§ 12 u. 13 WZG.

§ 9. 1. Finger, UnlW. 6 39 f. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich unzweideutig, daß der Gesetzgeber zwei Arten von gewerblichen Geheimnissen im Auge hatte und schützen wollte, nämlich: a) die industriellen Geheimnisse, d. h. die auf Herstellung, Hervorbringung der Waren oder gewerblichen Leistungen bezüglichen, welche er Betriebsgeheimnisse nennt, b) die kaufmännischen, d. h. diejenigen, welche sich auf den Vertrieb, die Verwertung der Waren oder gewerblichen Leistungen beziehen, welche er als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet.

2. **RG.** JW. **06** 797. Eine strafbare Mitteilung nach § 9 Abs. 2 liegt auch dann vor, wenn der Angeklagte, der durch Vertrauensbruch eines Angestellten oder auf strafbare oder unsittliche Weise den Besitz eines als Geschäftsgeheimnis zu erachtenden Modells erlangt hat, nach seinem Austritt aus dem Geschäft dieses Modell zum Zwecke des Wettbewerbes einem Gießer behufs Herstellung gleicher Formen übermittelt. Daß ein Wettbewerb gerade von seiten dessen, dem die Mitteilung zunächst und unmittelbar gemacht wird, in Aussicht genommen sein müsse, verlangt das Gesetz nicht. Hat die Mitteilung an den Gießer, die Bestellung des Nachgusses stattgefunden, während Angeklagter noch Angestellter war, so kann event. § 9 Abs. 1 Anwendung finden; der Umstand, daß Angeklagter selbst mit seinem damaligen Geschäftsherrn in späteren Wettbewerb zu treten beabsichtigte, steht der Anwendung des Abs. 1 nicht entgegen. Mitteilung eines Geschäftsgeheimnisses an eine Person, die schon vorher Kenntnis von dem Geheimnis hatte, kann gleichwohl unter Abs. 2 fallen, sofern der Dritte auf Grund

seiner früheren Kenntnis allein, ohne die unbefugte Mitteilung, nicht imstande gewesen wäre, die betreffenden Formen nachzubilden.

3. **RG.** (Straff.) **JW. 06** 497. Ob ein im kaufmännischen Geschäftsbetriebe sich ereignendes Vorkommnis den Charakter eines Geheimnisses hat, ist nach objektiven Merkmalen und nicht lediglich nach der subjektiven Auffassung des Geschäftsinhabers zu beurteilen. Außerdem ist aber für den Begriff des Geheimzuhaltenden die Lage des Falles entscheidend, weil ein Geschäftsereignis nach Zeit und Umständen eine ganz verschiedene Bedeutung haben kann. — Namen von Kunden gegebenenfalls als Geschäftsgeheimnis i. S. des § 9. Vgl. **RG.** (Straff.) **31** 93, **33** 627.

4. Submissionsofferten als Geschäftsgeheimnisse. UnlW. **5** 71.

5. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 142/143. Drohen weitere unbefugte Mitteilungen oder Verwertungen des Geheimnisses, so kann der Gewerbetreibende auch auf Unterlassung klagen (näheres oben im Anhang zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231).

6. De lege ferenda. GewRschutz **06** 360 ff., 369 ff. Abänderungsvorschläge über den Schutz gegen den Verrat gewerbl. Geheimnisse.

§ 10. DJZ. **06** 376 (Braunschweig). Nach der Absicht des Gesetzes soll jede Tätigkeit strafbar sein, die nach dem Willen des Täters auf die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges, nämlich die unbefugte Mitteilung des Geheimnisses, abzielt (**RG.** [Straff.] **32** 309, **35** 137). Dabei wird aber ein bestimmter, auf die Erlangung eines der im § 9 bezeichneten Geheimnisse gerichteter Wille vorausgesetzt. Bestimmt werden soll „ein anderer", d. h. eine der im § 9 bezeichneten Personen, einerlei, ob er schon im Besitze des Geheimnisses ist oder nicht. Der „andere" muß auch eine bestimmte Person sein oder sich wenigstens innerhalb eines begrenzten Kreises von Personen befinden.

§ 12. **RG.** SeuffBl. **06** 293. Ärzte haben das Recht, Strafantrag zu stellen, wenn jemand Blutreinigungstee ankündigt. Berechtigt zur Antragstellung ist der Verletzte, d. h. der Träger des das Angriffsobjekt bildenden Rechtsguts. Dieses Rechtsgut ist nach der Tendenz des Gesetzes der geschäftliche Friede, das natürliche Recht, um mit loyalen Waffen im Wettstreit um die Kundschaft und die Erhaltung derselben bekämpft zu werden. Dieses natürliche Recht haben dem Angeklagten gegenüber auch die Ärzte. Der Angeklagte greift durch seine Tätigkeit dieses Recht an und dies nicht weniger um deswillen, weil einerseits die Ärzte nicht Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen und andererseits der Angeklagte nicht das Heilgewerbe betreibt. Maßgebend und ausreichend ist der Umstand, daß der Angeklagte durch seine Tätigkeit ebenso wie der das Heilgewerbe ausübende Pfuscher den Kundenkreis der Ärzte durch seine unrichtigen Angaben schmälert.

§ 13. R. **06** 1384 (Frankfurt). Die Publikationsbefugnis darf nur dann ausgesprochen werden, wenn eine Unterlassungsklage angestellt ist, nicht bei einstweiliger Verfügung.

§ 16. **RG.** HansGZ. **06** Hauptbl. 61 ff. vertritt den früher vom RG. angenommenen Standpunkt, über den Schutz der Ausländer, JDR. **4** § 16.

Patentgesetz.

Vorbemerkung: In der Zeit, auf die sich nachfolgender Auszug erstreckt, sind an größeren Werken von Bedeutung erschienen: die 3. Auflage des Kommentars von Seligsohn zum PatG. und GebrMG., Damme, Deutsches Patentrecht, Du Bois-Reymond, Erfindung und Erfinder und Ephraim, Deutsches Patentrecht für Chemiker.

Abkürzungen: Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.

Erster Abschnitt. Patentrecht.

§ 1. 1. Wirth, Techn. Wahrheit u. Dichtung im Patentwesen, GewRschutz **05** 181—190, verlangt eine milde Prüfung der Anmeldung gegenüber der vorhandenen Patentliteratur, eine strenge gegenüber dem tatsächlichen Stande der Technik. Im übrigen sei auch das Durchforschen abgelegener Literatur als verdienstvolle Tätigkeit anzuerkennen. — Gegen Wirth vgl. Ephraim, Techn. Literatur u. Patentwesen, GewRschutz **05** 321.

2. Schanze, Das Schlicksche Patent und seine Beurteilungen, Sammlung industrierechtl. Abhandlungen, I 3. Heft (Berlin 1905), enthält den erweiterten Abdruck seiner in GlasersAnn. **47** veröffentlichten Aufsätze dieses Titels.

3. Schanze, Erfindung u. Erfindungsgegenstand, Sammlung industrierechtl. Abhandl., I 4. Heft (Berlin 1906), enthält den erweiterten Abdruck seiner in GruchotsBeitr. **39** u. GewRschutz **2** veröffentlichen Aufsätze.

4. Herse, Patentierbarkeit v. Heilverfahren, GewRschutz **05** 325, 326, führt aus, daß Verfahren, die lediglich zur Einwirkung auf den menschlichen Körper bestimmt sind, dann patentierbar sind, wenn sie die Anwendung technischer Vorrichtungen, nicht aber die Anwendung von Stoffen (Arzneimitteln) bedingen.

5. Wirth, Die Nützlichkeit der Erfindung, Mitt. v. VDP. **5** 93, wendet sich gegen das Erfordernis des erheblichen Fortschritts als Kennzeichen der Erfindung.

6. Wirth, GewRschutz **06** 57—85 (Das Maß der Erfindungshöhe), versucht den Nachweis, daß die Patentfähigkeit einer Erfindung nicht in allen Fällen von der Größe ihrer Nützlichkeit abhängig sein kann, daß die Nützlichkeit nur Indizium, nicht Begriffsmerkmal der Erfindung ist. Als Maßstab ist vielmehr die Eigenart der schöpferischen Tätigkeit anzulegen; die Beweislast muß aber den treffen, der von einer Neuheit behauptet, sie sei leicht zu finden gewesen.

7. Ephraim, IndustRZ. **1** 75, tritt für die Patentfähigkeit auch derjenigen Heilverfahren ein, welche physiologisch-chemisch wirken. Ausgeschlossen seien dagegen Verfahren, welche psychisch wirken, und Verfahren zur Selbstbehandlung des menschlichen Körpers.

8. Schanze, Erfindungsbruchstück und Erfindungszusatz (Samml. ind. Abh. II 2) erklärt Verfahren zur Herstellung von Zwischenstoffen für patentfähig, wenn sie Erfindungscharakter haben; dazu gehört aber, daß sie eine liquide, wenn auch nur mittelbare Brauchbarkeit haben.

9. Schanze, Die Erfinderehre und ihr rechtlicher Schutz, Samml. ind. Abh. II 3 (1906), erörtert die Frage, ob die Urheberschaft des Erfinders genügenden Schutz genießt.

10. **RG.** 4. 6. 04, mitgeteilt v. Stort, Mitt. v. VDP. **5** 9. Die Übertragung einer bei anderen Maschinen schon bekannten Schutzvorrichtung auf Tiegeldruckpressen ist als Erfindung angesehen worden, da die Konstruktion der letzteren, die Art, wie hier die Gefährdung des Arbeiters durch den Zusammenstoß von Tiegel und Fundament herbeigeführt wird, und die Möglichkeit, dieser Gefährdung vorzubeugen, ganz verschieden von dem ist, was bei anderen Maschinen stattfindet. — Die Aufgabe ist dann gelöst, wenn zur Durchführung nur noch konstruktive Maßnahmen erforderlich sind.

11. **RG.** Bl. **11** 26. In der bloßen Ausdehnung der maschinellen Betriebsweise auf alle in einem Fabrikbetriebe vorkommenden Förderungen liegt keine Erfindung.

12. **PA.** Bl. **11** 4. Eine neue Verwendung für ein bekanntes Verfahren ist keine Erfindung. — Die Behandlung des menschlichen Körpers kann (im Gegensatz zu der des tierischen) nicht Gegenstand einer gewerblich verwertbaren Erfindung sein.

13. **RG.** Bl. **11** 10. Eine Kombination zweier bekannten Elemente, die nur die Effekte derselben summiert, aber keine eigene neue Wirkung erzielt, ist nicht

patentfähig. — Auch ist im vorliegenden Falle eine Erfindung nicht anzuerkennen, da weder eine technische Schwierigkeit zu überwinden war, noch ein irgendwie erheblicher gewerblicher Fortschritt erreicht oder ein wirkliches Bedürfnis befriedigt ist.

14. **RG.** 3. 12. 04, Bl. **11** 123. Die Erfindung ist vollendet, wenn das, was den technischen Fortschritt ermöglicht, erkannt ist. Daß ziffernmäßige Angaben fehlen, schadet nichts, da dies eine Frage der Ausprobung ist. Auch daß die Erfindung in einzelnen Fällen nur geringe Vorteile bietet, schadet nichts gegenüber der Hauptmasse der Fälle.

15. **RG.** 17. 12. 04, Bl. **11** 125. Die Auswechselbarkeit von Teilen ist ein bekanntes Mittel; seiner Übertragung auf Brennerapparate standen keine besonderen Schwierigkeiten entgegen. Auch hat die Übertragung keinen eigentümlichen, nicht schon in der Auswechselbarkeit selbst begründeten technischen Erfolg gehabt. — Es handelt sich lediglich um die Verbindung mehrerer Vereinfachungsmittel, die unter sich in keinem notwendigen Zusammenhang stehen. Es handelt sich überhaupt nicht um ein einheitliches Gesamtergebnis der Verbindung, sondern um die summierten Einzelwirkungen der Elemente. Daher ist das Vorliegen einer Erfindung verneint.

16. PA. 10. 2. 05 u. 17. 3. 05, Bl. **11** 120, 121. Neben dem Patent auf ein Verfahren zur Herstellung eines Farbstoffes kann nicht noch ein besonderes Patent auf das Färbeverfahren unter Anwendung dieses Farbstoffes erteilt werden, falls nicht das Färbeverfahren selbst noch einen Erfindungsgedanken enthält. Dies gilt auch bei gleichzeitiger Anmeldung beider Verfahren.

17. PA. Bl. **12** 6. Patentfähig ist nur eine Erfindung, deren Gegenstand Herstellungs- oder Gebrauchsgegenstand der gewerblichen, d. h. der auf die Gewinnung, Be- oder Verarbeitung von Rohstoffen der Natur oder von Halbfabrikaten gerichteten Tätigkeit ist. Daher ist ein Bebauungsplan nicht patentfähig.

18. PA. 8. 7. 05, Bl. **11** 181. Wird bei einem chemischen Verfahren ein neues Zusatzmittel angegeben, durch das ein neuer Weg zur Bindung des Stickstoffs gezeigt wird, so liegt darin dann ein gewerblicher Fortschritt, der die Patentierung rechtfertigt, wenn die bisher bekannten Zusatzmittel nicht so zahlreich und überragend sind, daß das Hinzukommen eines weiteren als für das Gewerbe unerheblich bezeichnet werden könnte.

19. **RG.** 18. 10. 05, Bl. **12** 42. Der Erfindungsgedanke kann in der Stellung der Aufgabe liegen, während die Lösung einfach ist. — Eine Vorbeschreibung liegt nicht vor, wenn der Verf. einen anderen Zweck mit der Einrichtung verfolgt und beschreibt, als den des Patents. — Bei einer maschinellen Einrichtung ist die Vorschrift ihrer Benutzung wesentlich; daher kann eine neue Art der Benutzung Erfindung, nicht Entdeckung sein.

20. **RG.** 23. 12. 06, Bl. **12** 136. Vorteile, die der Anmelder nicht erkannt hat, dürfen zur Aufrechterhaltung des Patents nicht verwertet werden. Von solchen Vorteilen, die für jeden Sachverständigen auf der Hand lagen, ist aber anzunehmen, daß auch der Anmelder sie erkannt hatte. Ebenso **RG.** 13. 1. 06, Bl. **12** 159.

21. **RG.** Bl. **12** 185. Was die Erfindung ist, muß im wesentlichen aus dem Patentanspruch, wenn auch unter Zuhilfenahme der Beschreibung zu entnehmen sein.

22. **RG.** 24. 1. 06, Bl. **12** 248. In der bloßen Verstärkung eines bekannten Apparates wegen stärkerer Beanspruchung liegt keine Erfindung.

23. **RG.** 3. 2. 06, Bl. **12** 251. Die Verbindung mehrerer Automaten ohne Umbildung zu einer neuen technischen Einheit ist keine Erfindung.

24. PA. 29. 1. 06, Bl. **12** 130. Gedruckte Darstellungen, deren Inhalt das wesentliche ist, sind nicht patentfähig (Bilder auf Pappschachteln).

25. PA. 1. 3. 06, Bl. **12** 215. Heilverfahren, Verfahren zur Beseitigung von Schönheitsfehlern, kurz, alle Verfahren, deren Objekt der menschliche Körper ist, sind mangels gewerblicher Verwertbarkeit nicht patentfähig; wohl aber die Mittel zu ihrer Ausübung.

26. **RG.** Bl. **12** 304. Gegenstand des Patents auf ein Walzverfahren war der besondere Antrieb der Walzen. Der Patentinhaber erklärte, diesen als unpraktisch aufgegeben zu haben. Danach lag eine Erfindung nicht vor.

27. **RG.** Mitt. v. VDP. **6** 45. Ein Patent ist vernichtet, weil gerade das, was der Patentanspruch als Wesen der Erfindung angab, nicht neu war.

28. **RG.** 31. 3. 06, JW. **06** 363 Ziff. 27, GewRSchutz **06** 261, Mitt. v. VDP. **6** 43. Die Übertragung des zur Herstellung kleiner Blechgefäße bekannten Verfahrens auf die Herstellung von größeren Tonnen ist keine Erfindung, da dabei keine Schwierigkeit zu überwinden war.

29. **RG.** 7. 4. 06, Bl. **12** 306. Das Patent auf ein Farbkissengehäuse für Schreibmaschinen ist vernichtet, weil es sich um die naheliegende Verbesserung eines Gebrauchsgegenstandes, um eine rein konstruktive Neuerung handelte, auf die allenfalls ein Gebrauchsmuster zu nehmen war.

30. PA. 31. 10. 06, Bl. **12** 325. Neben dem Patent auf ein Herstellungsverfahren eines chemischen Stoffes kann ein Patent auf ein Anwendungsverfahren nur dann erteilt werden, wenn die Verwendung aus dem Rahmen der bisher bekannten Anwendungsarten heraustritt.

§ 2. 1. PA. 17. 11. 04, Bl. **11** 121. Die Nichtigkeitsklage gegen das Patent 121794 auf „doppelseitige Befestigungsvorrichtung von Dachpfannen gegen Abheben durch Wind" ist abgewiesen, obwohl festgestellt war, daß der Patentinhaber selbst bei Herstellung eines Daches vor der Anmeldung die Erfindung benutzt hatte. Die Offenkundigkeit ist verneint. Die Kenntnis der Angestellten des Patentinhabers war unerheblich. Im übrigen aber war die Art der Befestigung auf dem Dache für Dritte nicht wahrnehmbar; zu Untersuchungen lag für sie kein Anlaß vor.

2. **RG.** 11. 3. 05, Bl. **11** 161. Nach Lage der Sache ist eine Verpflichtung der Arbeiter zur Verschwiegenheit verneint, und also die Offenkundigkeit der Benutzung in dem Falle angenommen worden, wo die Maschinen unter Gebrauchsmusterschutz standen, also die Arbeiter, die noch dazu fortwährend wechselten, sich keiner Pflicht zur Verschwiegenheit bewußt zu sein brauchten. — Das Patent auf das Verfahren, zu dem die fraglichen Maschinen benutzt wurden, ist daher vernichtet worden.

3. **RG.** 15. 3. 05, Bl. **11** 181, Mitt. v. VDP. **5** 45. Bei der Prüfung des vorveröffentlichten Titels eines GebrM. auf Neuheitsschädlichkeit ist auch auf die Beschreibung und Zeichnung des GebrM. Rücksicht zu nehmen, deren Einsicht ja jedem freisteht.

4. **RG.** 15. 3. 05, Bl. **11** 181. Das Patent 141745 ist mit Rücksicht auf die drei Tage zuvor erfolgte Veröffentlichung des Titels eines den gleichen Gegenstand betreffenden GebrM. vernichtet.

5. PA. 1. 3. 06, Bl. **12** 215. Die Lieferung eines Apparates zur Geraderichtung von Zähnen, der im Munde getragen wurde, ist als offenkundige Vorbenutzung des Apparates angesehen worden.

§ 3. 1. Ephraim, IndustRZ. **1** 241, führt aus, daß, falls das PA. dem Anmelder irrtümlich ein älteres Patent entgegenhält, während in Wahrheit dessen Priorität jünger ist, eine Feststellungsklage gegen die Anmeldeabteilung möglich sei, der eine Entscheidung über die Anmeldung vor der Entscheidung über die Feststellungsklage durch einstweilige Verfügung verboten werden könne.

2. Bolze, Rechte der Angestellten und Arbeiter an den Erfindungen ihres Etablissements (Leipzig 1907), ist der Ansicht, daß die Angestellten an Erfindungen, die sie in dieser ihrer Eigenschaft machen, kein Recht haben, analog dem Besitzerwerb aus § 855 BGB.

3. Edwin Katz, Rechte der Angestellten an der Erfindung, GewRschutz **06** 218, wendet sich gegen die Heranziehung des § 855 BGB. für die Frage des Eigentums an der Erfindung. Die Erfindung gehört mangels besonderen Vertrages dem Angestellten. — Nur wenn mehrere Angestellte gemeinschaftlich eine Erfindung machen, liegt eine Etablissementserfindung vor, die Eigentum des Geschäftsherrn wird.

4. **RG.** 25. 4. 04, SächsA. **14** 625, GewRschutz **05** 340. Der Angestellte einer Fabrik, die sich mit der Verwertung der Nebenprodukte des Saccharins beschäftigt und daraus Benzaldehyd herzustellen suchte, fand die Herstellung von Benzaldehyd aus anderen Ausgangsstoffen. Dies lag nicht im Rahmen seiner Dienstpflicht, daher gehört die Erfindung ihm.

5. PA. Bl. **11** 98. Zwischen der Anmeldung auf ein Erzeugnis und einem Verfahrenspatent, das ein gleiches Erzeugnis liefert, liegt keine patentrechtliche Identität vor; § 4 Satz 2 hat für das Erteilungsverfahren keine Bedeutung.

6. PA. 14. 2. 05, Bl. **11** 99. Einer jüngeren Anmeldung kann nicht schon um deswillen die Priorität vor einer älteren Anmeldung desselben Anmelders erteilt werden, weil dieser erklärt hat, die ältere zurückziehen zu wollen, falls auf die jüngere ein Patent erteilt werde, und weil die jüngere mit der älteren identisch ist. Vielmehr ist eine Zurückziehung der Priorität auf das Datum einer älteren Anmeldung nur dann gewährbar, wenn diese letztere wegen Mangel der Einheit in mehrere Anmeldungen hat geteilt werden müssen. — Die Behandlung einer jüngeren mit einer älteren identischen Anmeldung muß vielmehr bis zu deren Erledigung ausgesetzt werden.

§ 4. 1. Paul Alexander-Katz, IndustRZ. **06** 63, führt an der Hand einzelner RGEntsch. aus, daß die unrichtige physikalische oder chemische Erklärung des Patents in der Beschreibung für die Frage der Verletzung gleichgültig ist.

2. Bolze, R. **07** 5, legt „gewerblich" dahin aus, daß darunter jede Benutzung fällt, die nicht eine solche zum Haus- oder Familienbedarf ist, also jede Benutzung durch juristische Personen.

3. Schanze, Über die Tragweite des Patentschutzes (1906) (Sammlung industrierechtlicher Abhandlungen II 1. Heft,) erörtert Satz 2 des § 4. Der Schutz patentierter Erzeugnisse hat keine größere Tragweite als der von Erzeugnissen eines patentierten Verfahrens. Bei beiden erlischt der Schutz mit ihrer Verarbeitung, nicht mit ihrer Bearbeitung.

4. Heimann, Tragweite von Unteransprüchen, Mitt. d. VDP. **6** 51. Unteransprüche sind nicht dahin auszulegen, daß die in ihnen formulierte Abänderung für sich, d. h. ohne die Merkmale des Hauptanspruchs geschützt wäre.

5. Schiff, UnlW. 5 13—16, wendet sich dagegen, den Klagantrag genau der konkreten Störung anzupassen; vielmehr müsse das, was dem Beklagten verboten werden soll, begrifflich formuliert werden und daher sei in der Regel der Klagantrag dem verletzten Patentanspruch anzupassen. Davon sei nur dann eine Ausnahme zu machen, a) wenn durch eine andere Fassung das Verbot klarer werde, also bei undeutlichen Patentansprüchen, b) oder wenn die Ausführung des Beklagten nicht unmittelbar durch den Patentanspruch gedeckt werde, sondern nur äquivalent sei.

6. **RG.** 30. 12. 03, Bl. **12** 37. Bei einem Verfahren, das in zwei Abschnitte zerfällt, kommt es darauf an, ob die Kombination beider Abschnitte das Wesentliche ist oder ob der eine Abschnitt auch für sich allein für den Erfindungs-

zweck wesentlich ist. Im letzteren Falle ist auch die Benutzung bloß des einen Abschnitts Patentverletzung. — Und zwar nicht bloß dann, wenn dieser Verfahrensteil vollständig benutzt ist, sondern auch, wenn er unvollkommen benutzt ist. — Wer zuerst einen neuen Gedanken ausführt, dem gehören auch alle Ausführungsformen; es sei denn, daß er sich ausdrücklich auf eine Form beschränkt hat. Eine solche Beschränkung folgt aber nicht schon daraus, daß er nur eine Ausführungsform genannt hat.

7. GewRschutz **06** 52. (Dresden). Die Verurteilung zur Abtretung eines ausländischen Patents ist mit der Rechtskraft vollstreckt. Bedarf es einzelner besonderer Akte des Patentinhabers, so ist auf ihre Vornahme besonders zu klagen, um sie gemäß § 888 ZPO. zu erzwingen.

8. Bl. **12** 271. (Stuttgart). Das Patent des Klägers lautet auf „Verwendung von Holzmehl als Streumittel für Bäckereizwecke". Der Beklagte verkauft Holzmehl an Bäcker. Die Klage ist abgewiesen. Das Verfahren ist nicht benutzt. Eine Gefährdung lag darin, daß der Beklagte unterließ, die Bäcker auf das Patent hinzuweisen, nicht, da eine Verpflichtung des Beklagten hierzu dem Kläger gegenüber nicht bestand. Auch Beihilfe zur Patentverletzung liegt nicht vor. Der Beklagte brauchte sich nicht darum zu kümmern, ob die Bäcker zur Benutzung des Verfahrens befugt waren. (Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen; **RG.** 22. 12. 05, JW. **06** 146 Ziff. 24, GewRschutz **06** 262, Mitt. d. VDP. **6** 39.)

9. **RG.** 19. 4. 04, (Strafs.) **37** 110, GewRschutz. **06** 31, 51. Die Angeklagten hatten sich die Lizenz eines Verfahrens bezahlen lassen, das nicht ihnen, sondern einem anderen patentiert war. — Das ist „Inverkehrbringen", daher nach § 36 strafbar.

10. **RG.** 27. 5. 05, **60** 344. Der Patentinhaber, der auf Unterlassung klagt, ist dem Beklagten, der daraufhin die angebliche Erfindungsbenutzung bis zur Entscheidung einstellt, nicht zum Schadensersatz verpflichtet, falls ihm bei seinem Vorgehen kein Verschulden zur Last fällt.

11. **RG.** 11. 10. 05, JW. **05** 742 Ziff. 9, Bl. **12** 41. Für die Auslegung des Patents ist § 2 nicht heranzuziehen. Nur der wirkliche Gemeinbesitz entscheidet hier; daher ist bezüglich Druckschriften nachzuweisen, daß das PA. sie bei der Erteilung gekannt hat.

12. **RG.** 20. 11. 05, Bl. **12** 190. Für die Auslegung des Patents ist der Irrtum des Anmelders über die den Erfolg der Erfindung herbeiführenden physikalischen Vorgänge unerheblich.

13. **RG.** 21. 12. 05, Bl. **12** 166. Inverkehrbringen liegt bei tatsächlichem Wechsel der Verfügungsgewalt vor.

14. Bl. **12** 326. (Hamburg). Für die Unterlassungsklage ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht gegeben.

§ 5. **RG.** 28. 10. 05, Bl. **12** 9. Für die Vorbenutzung kommt es nicht darauf an, ob der Vorbenutzer die Erfindung für patentfähig gehalten hat, sondern nur, ob er ihr Wesen, ihre Vorteile erkannt hat.

§ 6. 1. GewRschutz. **06** 32. (Hamburg). Das Recht aus der Anmeldung ist vor der Erteilung nicht pfändbar. Vom RG. aufgehoben: **RG. 52** 227, JW. **02** 609 Ziff. 16.)

2. Bl. **11** 142. (Karlsruhe). Vertragliche Beschränkungen des Lizenzberechtigten betreffs der Ausübung der Lizenz haben nur obligatorische Bedeutung.

3. **RG.** 12. 12. 04, Bl. **11** 229, JW. **05** 119 Ziff. 26. Das Patent, das Gegenstand des Vertrags war, ist wegen Unausführbarkeit vernichtet. Kläger ist daher vom Vertrag zurückgetreten und fordert seine Leistung zurück. Da der Beklagte überhaupt nichts gewährt hat, ist die Klage begründet.

4. **RG.** 26. 1. 05, Bl. **11** 287. Für die Zeit von der Bekanntmachung bis zur Versagung des Patents muß die Lizenz gezahlt werden.

5. **RG.** 5. 5. 05, R. **05** 373, GewRschutz. **06** 30. Derjenige, welcher einem anderen eine ausschließliche Lizenz erteilt hat, haftet dafür, daß nicht Dritte im Bezirk des Lizenznehmers die Erfindung benutzen.

6. **RG.** 4. 6. 05, Bl. **12** 8. Gegenstand des Lizenzvertrags ist nicht das Patentrecht selbst, sondern seine Nutzung. Das Patentrecht selbst wird nicht übertragen, auch nicht teilweise. Daher keine Rückforderung bei Nichtigkeit des Patents. Die Nichtigkeitserklärung des Patents hat zwar rückwirkende Kraft, allein *soweit* kann die Fiktion der Rückwirkung nicht ausgedehnt werden, daß sie selbst die Tatsache zerstört, daß der Schaden (wenn auch kein gesetzlich begründeter), bestanden habe.

7. **RG.** 4. 7. 05, JW. **05** 543 Ziff. 35, GewRschutz **06** 31. Der Patentinhaber hat Anspruch auf die Lizenzgebühr bis zu dem Tage, an dem das Patent vernichtet ist; die *Tatsache*, daß ein Schutz bestanden hat, wird nicht nach rückwärts aufgehoben.

§ 8. I. *Abs.* 2. PA. 9. 4. 06, Bl. **12** 183. Ist der nach Ablauf eines Jahres im Einspruchsverfahren ergangene Erteilungsbeschluß zugestellt, so muß der Patentinhaber sich erkundigen, wann er rechtskräftig geworden ist oder die Gebühr vorsorglich einzahlen.

II. *Abs.* 4. 1. PA. 18. 2. 05, Bl. **11** 99. Die Stundung erfolgt bis zum Anfang des 3. Patentjahrs, d. h. bis zur Fälligkeit der Gebühren für das 3. Jahr; innerhalb sechs Wochen nach der Fälligkeit muß alsdann gemäß Abs. 3 Zahlung erfolgen. Die Fälligkeit tritt aber nach ständiger Übung nicht vor Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses ein. Voraussetzung ist „Bedürftigkeit", ein weiterer Begriff als der des „Unvermögens" des § 114 ZPO. Die Ermittelung der Bedürftigkeit hat, falls die Angaben des Anmelder nicht ausreichen, von Amts wegen zu erfolgen.

2. PA. 8. 12. 05, Bl. **12** 7. Der Antrag auf Stundung muß am letzten Tage der Zahlungsfrist beim PA. *eingehen*, nicht bloß zur Post gegeben sein; § 9 hat nichts damit zu tun.

III. *Abs.* 5. PA. 14. 3. 06, Bl. **12** 180. Fällige Gebühren werden im Falle späterer Vernichtung des Patents nicht zurückgezahlt.

§ 9. PA. 26. 1. 06, Bl. **12** 34. Der Tag der Einzahlung bei einer *nicht* im Deutschen Reich belegenen Postanstalt ist gleichgültig; ebenso wann hier das Geld in den Besitz der deutschen Post gelangt ist; hier entscheidet vielmehr der Eingang beim PA.

§ 10. I. 1. *Kohler*, Patenterschleichung und bürgerliches Recht, GewRschutz **06** 222. Nach § 826 BGB. ist die Benutzung eines formal beständigen Rechtes unzulässig, wenn darin ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, wenn also entweder die *Erteilung* oder die Patent*ruhe* erschlichen ist. Was *Paul Alexander-Katz* dagegen anführt, ist vollkommen irrtümlich und verkehrt. — Nur darf die Anforderung nicht überspannt werden; der Anmelder ist nicht verpflichtet, alles anzugeben, was ihm ungünstig ist.

2. *Schanze*, Kollision der Patente (Samml. ind. Abh. II 4), 1906, vertritt die Ansicht, daß ein kollidierendes jüngeres Patent bis zur Vernichtung von dem älteren nicht abhängig ist.

3. *Paul Alexander-Katz*, Das erschlichene Patent, GewRschutz **05** 33 ff., führt gegen *Kohler* und *Isay* aus, der Einwand der Erschleichung sei auch nach Ablauf der Frist des § 28 Abs. 3 gegenüber der *Verletzungsklage* unzulässig. Der Zivilrichter habe nie über die Patentfähigkeit zu entscheiden. —

Auch eine Nichtigkeitsklage sei nach Ablauf der Frist unzulässig; vor Ablauf genüge die Behauptung des Mangels der Patentfähigkeit, die Hinzufügung der Erschleichung sei überflüssig. — Nur nach Vernichtung des Patents begründe die Tatsache der Erschleichung einen Schadensersatzanspruch.

4. **RG.** 30. 11. 04, Bl. **11** 27. Wegen Verletzungen vor der Nichtigkeitserklärung eines Patents kann kein Schadensersatz verlangt werden.

5. **RG.** 29. 3. 05, Bl. **11** 162. Der Urheber einer Erfindung, die durch ein inzwischen gelöschtes Patent geschützt war, braucht kein besonderes Interesse weiter glaubhaft zu machen, um zur Nichtigkeitsklage berechtigt zu sein.

6. **RG.** 11. 10. 05, Bl. **12** 39. Die Nichtigkeitsklage war gegen den bereits verstorbenen Patentinhaber, vertreten durch den nach § 12 bestellten Inlandsvertreter, gerichtet. Die Erben haben dann das Patent veräußert, der Erwerber ist in den Prozeß eingetreten. — Die Klage ist unbedenklich zulässig; sie richtet sich gegen das Patent, vertreten durch den wirklichen Inhaber, mit dessen Genehmigung die Prozeßführung gültig wird. — Die bloße Nichterwähnung einer ein Jahr alten englischen Patentschrift des Anmelders durch diesen begründet nicht den Tatbestand der Erschleichung, zumal der Anmelder annehmen konnte, die Priorität einer früheren Anmeldung zu haben, auch, daß das PA. die Patentschrift kenne.

II. 1. **RG.** 8. 7. 05, Bl. **11** 232. Klagegrund ist der Mangel der Neuheit, nicht die Vorveröffentlichung oder Vorbenutzung. Daher keine Klagänderung bei Einführung neuen Materials der einen oder anderen Art.

2. PA. 6. 4. 05, Bl. **11** 237. Durch den Konkurs der Klägerin, einer GmbH., wird das Verfahren nicht unterbrochen.

3. **RG.** 15. 11. 05, Bl. **12** 36. Das Patent 115 865 zum Abrunden der Stirnflächen an Zementdachziegeln ist vernichtet, weil die äußerst einfache Einrichtung weder Schwierigkeiten zu überwinden hatte, noch einen erheblichen technischen Fortschritt erzielt.

4. **RG.** 30. 12. 05, Bl. **12** 164. Es besteht keine Rechtspflicht des Anmelders, alle ihm bekannten ungünstigen Momente (angebliche Vorbenutzung) dem Patentamte zu unterbreiten; daß er das nicht getan, begründet noch keine Erschleichung.

5. PA. 12. 2. 06, Bl. **12** 269. Die Klage ist abgewiesen, weil die Klägerin lediglich im Auftrag und Interesse eines Vereins ohne jedes eigene Interesse klagte, der früher bereits mit einer Nichtigkeitsklage, die zwar formell ein Ingenieur, aber als Angestellter und im Interesse des Vereins geführt hatte, abgewiesen war. Die Einrede der Rechtskraft greift durch. Die Identität des Klagegrundes ist bejaht; Klagegrund ist nicht die einzelne Tatsache, sondern die ganze Mängelkategorie.

6. **RG.** 4. 4. 06, **63** 140, Bl. **12** 271, JW. **06** 400 Ziff. 33, GewRschutz **06** 260. Die Vernichtung eines Patents ist zu berücksichtigen, auch wenn sie erst während Schwebens der Negatoria in der Revisionsinstanz erfolgt.

7. **RG.** 13. 1. 06, Bl. **12** 192, JW. **06** 206 Ziff. 31. Das Recht auf Vernichtung eines Patents geht, obwohl die Nichtigkeitsklage eine Popularklage ist, auf die Erben über.

8. **RG.** 18. 4. 06, **63** 161, Mitt v. VDP. **6** 40, IndustRZ. **1** 268. Die Nichtigkeit eines Patents kann nicht deshalb ausgesprochen werden, weil nicht die erste Anmeldung, sondern erst eine spätere, aber vor der Bekanntmachung liegende Eingabe die Erfindung enthält. Daraus folgt nur eine Prioritätsverletzung.

9. **RG.** 9. 5. 06, Mitt. v. VDP. **6** 47. Zur Auslegung des Patents ist das Nichtigkeitsverfahren nicht bestimmt. Daher darf eine Änderung des Anspruchs, die keine Beschränkung enthält, nicht erfolgen.

III. 1. PA. 6. 4. 05, Bl. **11** 237. Ist die Klage aus § 10 Ziff. 1, die auf ein älteres Patent gestützt war, abgewiesen, so kann sie aus § 10 Ziff. 2 auf Grund desselben Patents neu erhoben werden.

2. PA. 27. 4. 05, Bl. **11** 227. Eine Nichtigkeitserklärung eines Patents, weil es mit einem Patent von der gleichen Priorität übereinstimmt, ist nach § 10 Ziff. 2 nicht möglich. Hier ist Abhilfe nur vor den ordentlichen Gerichten zu erzielen.

3. **RG.** 21. 10. 05, **61** 399, Bl. **12** 257, JW. **05** 743 Ziff. 10, GewR. schutz **06** 261. Das Bestehen eines älteren Gebrauchsmusters ist kein Nichtigkeitsgrund. — Ein Erschleichen des Patents liegt nicht in dem bloßen Abwarten, bis die Frist des § 28 Abs. 3 verstrichen ist.

IV. 1. **RG.** 26. 11. 04, Bl. **11** 284. Beschränkt sich ein Patent auf eine bestimmte Ausführungsform, so kann es aus dem Grunde, weil der Anmelder den allgemeineren Gedanken einem anderen entnommen hat, dann nicht vernichtet werden, wenn die Ausführungsform selbst eine Erfindung darstellt. — Erst recht gilt das, wenn sie überhaupt erst die Lösung des von dem anderen gestellten Problems bringt.

2. PA. 29. 6. 05, Bl. **11** 261. Eine Erfindung, die von Angestellten im Rahmen eines besonders erteilten Auftrags gemacht wurde, war von ihnen zum Patent angemeldet. Das Patent ist vernichtet worden, da die Erfindung dem Auftraggeber gehört.

3. **RG.** 26. 4. 05, Bl. **11** 263. Ist ein Angestellter durch den Anstellungsvertrag nicht verpflichtet, für den Prinzipal Erfindungen zu machen, so gehört eine von ihm gemachte Erfindung ihm.

§ 11. I. PA. 12. 9. 04, **RG.** 11. 10. 05, Bl. **12** 130. Ist von mehreren im Patent angegebenen Ausführungsformen nur eine ausgeführt, so bedarf es für die teilweise Zurücknahme des Nachweises, daß die Ausführung gerade der anderen im öffentlichen Interesse lag. Teilweise Zurücknahme ist zulässig.

II. 1. **RG.** 28. 9. 04, Bl. **11** 5. Sind mehrere Ausführungsformen der Erfindung möglich, so genügt es, daß der Patentinhaber eine von ihnen wählt. Sollte sich für eine bestimmte vom Patentinhaber abgelehnte Ausführungsart ein besonderes Bedürfnis, dessen Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt, herausstellen, so kann demselben nur nach § 11 Ziff. 2 Rechnung getragen werden.

2. **RG.** 18. 9. 04, Bl. **11** 5. Die Klage nach Ziff. 2 kann darauf gegründet werden, daß die Erfindung des Klägers einen erheblichen gewerblichen Fortschritt darstellt. Dies wird hier verneint, da noch nicht einmal auf die Anmeldung des Klägers ein Patent erteilt ist.

III. 1. **RG.** 8. 1. 06, Bl. **12** 259. Der Patentinhaber ist zur Ausführung selbst unter Hintansetzung des eigenen Vorteils verpflichtet; er darf nicht bis zu einer günstigen Konjunktur warten. Ergaben Versuche die Unausführbarkeit, so ist die Klage begründet.

2. **RG.** 1. 4. 05, Bl. **11** 231. Ein Patent ist zurückgenommen, weil der Inhaber die die danach hergestellten Maschinen nur mietweise und nur einem beschränkten Kundenkreis überlassen hat.

Zweiter Abschnitt. Patentamt.

§ 14. PA. 11. 1. 06, Bl. **12** 180. Der Umstand, daß die Beschwerdeabteilung bereits über die Bekanntmachung der Anmeldung entschieden hat, ist kein Ausschlußgrund bezüglich der späteren Entscheidung über die Erteilung.

§ 16. 1. PA., Mitt. v. VDP. **5** 44. Die Beschwerde gegen den Beschluß, durch den der Antrag über Vorabentscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs abgewiesen ist, ist unzulässig.

2. PA. 19. 10. 05, Bl. 11 260. Bescheide über ein das Einspruchsverfahren betreffendes Gesuch (Antrag, dem Gegner die Vorlegung von Urkunden aufzugeben) sind nicht mit der Beschwerde angreifbar.

3. PA. 8. 3. 06, Bl. 12 158. Gegen prozeßleitende Verfügungen des Vorsitzenden der Nichtigkeitsabteilung ist die Beschwerde unzulässig.

§ 18. 1. RG. 29. 6. 05, Bl. 11 241. Ob das PA. um ein Gutachten zu ersuchen ist, entscheidet der Richter nach freiem Ermessen.

2. PA. 14. 11. 05, Bl. 12 6. Der Antrag des Patentinhabers, ihm zu bescheinigen, daß der Erteilungsbeschluß erst 1 Monat nach Zustellung rechtskräftig geworden sei, da er hätte Beschwerde einlegen können, ist als Antrag auf Erteilung eines Gutachtens abgelehnt.

§ 19. 1. Schanze, Die Register- und Rollen-Einschreibungen auf dem Gebiete des Industrierechts, Sammlung industrierechtl. Abhandl. I. 2. Heft (Berlin 1905), enthält den erweiterten Abdruck eines im ZBlFG. 1 veröffentlichten Aufsatzes.

2. PA. 14. 6. 04, Bl. 11 139. Der Patentinhaber hat nur das Recht, zu verlangen, daß diejenigen Teile der Erteilungsakten, welche Fabrikgeheimnisse u. dgl. sind, nicht mitgeteilt werden; er muß diese aber bestimmt bezeichnen. Daß die ganzen Erteilungsakten um deswillen geheim gehalten werden, kann er nicht fordern.

3. PA. 14. 9. 04, Bl. 11 140. Ist eine Anmeldung im Laufe des Verfahrens zerlegt und hat die ausgeschiedene Anmeldung mit Erteilung, die ursprüngliche mit Versagung des Patents geendigt, so sind auch aus der letzteren die Teile der Akten mitzuteilen, die sich auf die später ausgeschiedene Anmeldung beziehen.

4. PA. 13. 12. 04, Bl. 11 97. Der Widerruf einer in beweisender Form vorgelegten, von der Gegenseite angenommenen Umschreibungsbewilligung, ist, da ein einseitiger Widerruf eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts unwirksam ist, ohne Bedeutung.

5. PA. 13. 12. 04, Bl. 11 140. Der Einsprechende hat das Recht auf Mitteilung derjenigen Unterlagen, die zur Bekanntmachung geführt haben.

6. PA. 14. 12. 04, Bl. 12 156. Urkunden, welche nach amerikanischem Rechte, einen sog. prima facie-Beweis liefern, genügen nicht zu Eintragungen in die Patentrolle. — Amerikanische Notare gelten als befugt zu Bescheinigungen über die Vertretungsbefugnis von Gesellschaftsorganen. — Der Beglaubigungsvermerk in englischer Sprache bedarf keiner Übersetzung.

7. PA. 6. 1. 05, Bl. 11 141. Der Patentinhaber kann dadurch, daß er Teile der Erteilungsakten für unwesentlich erklärt, die Mitteilung nicht verhindern.

8. PA. 19. 1. 05, Bl. 11 141. Des Nachweises eines besonderen Interesses bedarf es nicht, um Abschriften der Erteilungsakten zu erhalten.

9. PA. 18. 6. 05, Bl. 11 180. Zur Begründung des Antrags auf Erteilung von Abschriften aus Erteilungsakten bedarf es der Glaubhaftmachung eines besonderen Interesses auch dann nicht, wenn es sich um ein gelöschtes Patent handelt.

10. PA. 7. 3. 06, Bl. 12 158. Die Einsicht in Nichtigkeitsakten steht Dritten nicht frei.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Patentsachen.

§ 20. 1. PA. 21. 1. 05, Bl. 11 24. Ist eine Anmeldung irrtümlich zurückgenommen, so kann in Frage kommen, ob die Rücknahme nicht nach § 119 BGB. anfechtbar ist.

2. PA. 30. 6. 05, Mitt. v. VDP. 5 59. Ein fallengelassener Anspruch kann wieder aufgenommen werden, falls nur ein formales, nicht ein sachliches Fallenlassen vorlag.

§ 21. Abs. 4. PA. 19. 1. 06, Bl. **12** 34. Die Fristsetzung ist unwirksam, wenn von dem Anmelder die Äußerung über etwas verlangt wird, was er gar nicht kennen kann. — Auf Beschwerde des Anmelders ist das Verfahren wegen wesentlichen Mangels aufgehoben.

§ 22. 1. Wirth, Vorprüfer und Vorbescheid, Mitt. v. VDP. **5** 1. Daß der Vorprüfer im Falle eines Vorbescheides nicht bloß formell, sondern auch materiell für die weitere Beschlußfassung ausscheidet, ergibt die gleichlautende Fassung des § 22 mit § 16, der die analoge Bestimmung für die Mitglieder der Anmeldeabteilung hinsichtlich der Beschwerde gibt.

2. *Isay, GoldschmidtsZ. **59** 166, schließt sich Stort, Wirth und Seligsohn dahin an, daß der Vorprüfer nach Erlaß eines Vorbescheides auch nicht an der Beratung teilnehmen darf.

3. PA. 30. 1. 05, Mitt. v. VDP. **5** 15. Die Parteien haben kein Recht, Anträge zu stellen, welche die Anwesenheit von Personen (hier des Vorprüfers) während der Beratung betreffen, sofern diese nicht auch an der Beschlußfassung teilnehmen, also Richter sind.

4. PA. 14. 3. 05, Mitt. v. VDP. **5** 31. Der Vorprüfer hat bei der Beratung als Berichterstatter zugegen zu sein.

§ 23. 1. Rathenau, GewRschutz **06** 277. Vor der Bekanntmachung genießt die Anmeldung keinen Schutz.

2. PA. 2. 5. 06, Bl. **12** 216. Abschriften der Unterlagen einer bekannt gemachten Anmeldung werden nur so lange erteilt, als das Patent nicht endgültig versagt ist; nur solange besteht das Interesse, den Umfang des Patentschutzes kennen zu lernen.

3. PA. Mitt. v. VDP. **6** 5. Nicht der Bekanntmachungsbeschluß, sondern erst die Bekanntmachung bildet die Zäsur des Verfahrens. Vorher kann der Beschluß noch aufgehoben werden.

§ 24. 1. Hüfner, GewRschutz **06** 272, beantwortet die Frage nach Rechtsnachfolge in den Einspruch dahin: a) Bei Gesamtrechtsnachfolge kann der Nachfolger auch den Einspruch weiterführen. b) Bei Einzelnachfolge dann, wenn der Nachfolger das Geschäft des Einsprechenden übernommen hat. Gegen jede Übertragbarkeit des auf §§ 1, 2 gestützten Einspruchs Ephraim, IndustRZ. **1** 265.

2. PA. 27. 2. 06, Bl. **12** 181. Die Anmeldeabteilung ist an den Standpunkt der Beschwerdeabteilung, welche die Bekanntmachung beschlossen hatte, nicht gebunden, muß aber ihren abweichenden Standpunkt eingehend begründen.

3. PA. 30. 5. 06, Bl. **12** 247. Enthält die Zahlung eine falsche Bestimmungsangabe, so muß, falls sie unvernünftig ist, ohne weiteres die richtige als gemeint gelten (§ 133 BGB.).

§ 26. 1. Mitt. v. VDP. **5** 25 über die Praxis, ob die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem unterliegenden Einsprechenden aufzuerlegen sind.

2. PA. 7. 6. 05, Bl. **11** 227. Nimmt der Einsprechende die Beschwerde zurück, so kann über die Kosten mangels einer Entscheidung in der Sache selbst nicht Beschluß gefaßt werden; eine analoge Anwendung der ZPO. ist für das Patenterteilungsverfahren nicht möglich.

3. PA. 21. 2. 06, Bl. **12** 157. Die Frist beginnt mit der Zustellung des Beschlusses durch die Post; die Übergabe durch den Vorsitzenden der Anmeldeabteilung genügt nicht.

§ 28. I. 1. RG. 8. 7. 05, **61** 205. Klagegrund ist Mangel der Neuheit, nicht Vorveröffentlichung im Gegensatz zur Vorbenutzung.

2. PA. 29. 9. 04, Bl. **11** 25. Die Verbindung der Nichtigkeits- mit der Zurücknahmeklage ist statthaft. Ist nur die letztere, nicht aber die erstere zur Entscheidung reif, so muß Urteil auf die Zurücknahmeklage ergehen.

II. 1. **RG.** 6. 12. 06, Bl. **12** 217. An sich trifft den Nichtigkeitskläger die Beweislast. Hat er aber seine Behauptung wahrscheinlich gemacht, so ist es Sache des Beklagten, den Gegenbeweis zu führen.

2. **RG.** 05, Bl. **12** 164, JW. **06** 121. Die Frist des Abs. 3 steht der Nichtigkeitsklage auch dann entgegen, wenn Erschleichung behauptet wird.

III. Abs. 4. PA. 23. 8. 06, Bl. **12** 304. „Anhörung der Beteiligten" ist Verhandlung zur Sache, wie im § 30 Abs. 2. Erfolgt eine solche nicht, wird die Gebühr zurückerstattet.

IV. Abs. 5. 1. PA. 19. 9. 05, Bl. **11** 240. Ausländer sind von der Sicherheitsleistung gemäß Art. 11 des Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts v. 14. 11. 96 befreit; dies gilt auch, wenn beide Parteien Angehörige desselben ausländischen Staates sind.

2. PA. Bl. **12** 216. Da nach ständiger Übung das Haager Abk. z. Regelung v. Fragen des internat. Privatrechts auch auf das Nichtigkeitsverfahren Anwendung findet, so muß Art. 11 desselben auch den im Ausland wohnenden Deutschen zugute kommen, da es unbefriedigend wäre, wenn Ausländer besser behandelt würden als Inländer. Daher Befreiung von Sicherheitsleistung.

§ 30. 1. Rathenau, Klagezurücknahme im Patentstreitverfahren, Gew. RSchutz **06** 5 ff., vertritt die Ansicht, daß die Zurücknahme überhaupt nicht möglich sei; lasse man sie zu, so müsse aber § 271 ZPO. angewendet werden: ohne Einwilligung des Beklagten sei sie also nur bis zur mündlichen Verhandlung möglich. — Die Zurücknahme verpflichtet den Kläger zur Kostentragung.

2. **RG. 59** 133, JW. **05** 58, Bl. **11** 7. Die Einrede der Rechtskraft steht nicht nur dem abgewiesenen Kläger entgegen, sondern auch einem Dritten, der, ohne geradezu vorgeschoben zu sein, die Klage nur im Interesse des abgewiesenen Klägers anstellt.

3. PA. 26. 9. 04, Bl. **11** 24. Nimmt der Nichtigkeitskläger die Klage zurück, so entfällt damit für seinen Nebenintervenienten die Möglichkeit, das Verfahren allein weiter zu betreiben.

4. PA. 12. 4. 05. Bl. **12** 246. Eine Nebenintervention auf seiten des Klägers ist nur zulässig, wenn der Nebenintervenient ein Interesse daran hat, daß gerade der Kläger obsiegt. Dies trifft bei demjenigen zu, der den Anspruch wegen widerrechtlicher Entnahme an den Kläger abgetreten hat. — Gegen die Entscheidung auf Zurückweisung der Nebenintervention ist die Beschwerde nach § 16 auch dann zulässig, wenn sie in der Entscheidung enthalten ist.

5. **RG.** 3. 6. 05, Bl. **11** 184. Durch den Konkurs der Nichtigkeitsklägerin, einer Aktiengesellschaft, wird das Verfahren nicht unterbrochen.

6. **RG.** JW. **06** 120. Die Ablehnung von Beweisanträgen ist zulässig, wenn das PA. zu der besonders begründeten Überzeugung von ihrer Erfolglosigkeit gelangt.

7. PA. 14. 10. 05, Bl. **12** 34. Auch im Falle der Klagezurücknahme entscheidet das PA., wer die Kosten zu tragen hat. Die Zurücknahme allein verpflichtet den Kläger nicht dazu.

8. **RG.** 13. 1. 06, Bl. **12** 192, JW. **06** 206 Ziff. 31. Stirbt der Nichtigkeitskläger, so können die Erben den Prozeß aufnehmen.

§ 31. 1. PA. 12. 5. 05, Bl. **11** 160. Auch nach Erlaß eines Kostenfestsetzungsbeschlusses können noch Kosten nachliquidiert werden.

2. PA. 16. 1. 06, Bl. **12** 185. Eine Wertfestsetzung erfolgt nicht, falls ein Patentanwalt Vertreter war, da dessen Gebühren nicht nach dem Werte berechnet werden.

§ 32. RG. 28. 12. 05, Bl. **12** 4. Die Gerichte sind zur Rechtshilfe verpflichtet; auch dann, wenn es sich um Vornahme einer Handlung handelt, die das PA. selbst vornehmen könnte, z. B. Vernehmung eines Zeugen in Berlin.

§ 33. 1. Stort, Mitt. v. VDP. **5** 9, teilt einen Beschluß des PA. mit, durch den eine vor Zustellung des Urteils eingelegte Berufung als unzulässig verworfen ist.

2. RG. 8. 7. 05, **61** 205, Bl. **11** 232, und Herse, Mitt. v. VDP. **5** 55. Die Erweiterung des Klagantrags ist in der Berufungsinstanz statthaft, falls keine Änderung des Klagegrundes vorliegt. Dies dann, wenn in erster Instanz Beschränkung, in zweiter Instanz Vernichtung eines Anspruchs begehrt war. — Dahingestellt bleibt, wie die Frage zu beantworten ist, falls inzwischen die Frist des § 28 abgelaufen wäre.

Vierter Abschnitt. Strafen und Entschädigung.

§ 35. 1. Mintz, Das Sachverständigenwesen auf dem Gebiet des Gew. RSchutzes und Edwin Katz, (unter demselben Titel) erörtern im GewRSchutz **05** 65 ff., 71 ff. die Mängel des gegenwärtigen Zustandes, die z. T. an der schlechten Fassung der Beweisbeschlüsse, z. T. an der Art der Auswahl der Sachverständigen liegen.

2. *Jeß, DJZ. **05** 725 f. Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer weder wissentlich noch grob fahrlässig begangenen Patentverletzung hat der Patentinhaber auch nicht für die Zeit nach Erhebung der Patentverletzungsklage. Man könnte einen solchen Anspruch nur herleiten aus den Bestimmungen des BGB. über den Einfluß des Prozeßbeginns auf das streitige Rechtsverhältnis. Allein nicht lassen sich verwerten die Vorschriften über die Eigentumsklage des § 985, weil sich für den redlichen Besitzer die durch die Rechtshängigkeit bedingte Schadensersatzpflicht nicht auf den durch Vorenthaltung der Sache während der Dauer des Prozesses entstehenden Schaden erstreckt. Er versagt ferner die Analogie der Klage aus § 1004 BGB., da diese Klage überhaupt nicht auf Schadensersatz geht, sondern nur mit ihr eine Schadensersatzklage auf Grund der §§ 823 f. BGB. verbunden werden kann. Endlich führt auch die Verweisung auf die „obligatorische Funktion", welche das Recht des Patentträgers haben soll, nicht weiter; denn die Rechtshängigkeit bewirkt, von einigen Ausnahmefällen abgesehen, bei Schuldverhältnissen keine Steigerung des Anspruchs; sie begründet Verzug nur dann, wenn dessen sonstige Voraussetzungen vorliegen, und der Schuldner ist nicht in Verzug, wenn er sich ohne diejenige Fahrlässigkeit, für die er nach dem betreffenden Schuldverhältnis einzustehen hat, nicht für verpflichtet hält.

3. RG. 14. 1. 05, JW. **06** 154 Ziff. 41. Gegen das Urteil wegen Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung gibt es keine Restitution nach § 580 Ziff. 7b ZPO. aus dem Grunde, weil der Beklagte erst nachträglich eine ältere Gebrauchsmusteranmeldung „aufgefunden" hätte.

4. RG. 17. 10. 05, Bl. **11** 287. Der Glaube, es genüge, die Einwilligung des Patentinhabers nachträglich einzuholen, ist Rechtsirrtum und also unbeachtlich.

5. RG. Bl. **12** 165, JW. **06** 70. Eine Schadensersatzpflicht ohne grobe Fahrlässigkeit besteht auch nicht für die Zeit nach Rechtshängigkeit der Unterlassungsklage.

6. RG. 17. 11. 06, LeipzZ. **07** 143. Die Konkursmasse haftet wegen Patentverletzung für die Zeit nach der Konkurseröffnung nur, wenn der Konkursverwalter selbst wissentlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, da die Fortsetzung des Betriebes vom Ermessen des letzteren abhängt.

7. RG. 24. 1. 06, **62** 320, Bl. **12** 221, JW. **06** 207. Neben den Bestimmungen des Patentgesetzes kommen für die Ansprüche des Patentinhabers die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zur Anwendung, z. B. auch Rechnungs-

legung. — Dagegen kann nicht Herausgabe der Nutzungen, die während des Prozesses gezogen sind, auf Grund objektiver Verletzung gefordert werden. — Für Anwendung des § 292 BGB. war kein Raum, da negatorisch geklagt war.

§ 36. 1. **RG.** 30. 6. 04, Bl. **11** 123. In der Revisionsinstanz ist der Antrag auf Aussetzung wegen Erhebung der Nichtigkeitsklage unzulässig. — Solange das Patent besteht, ist es zu respektieren.

2. **RG.** 21. 12. 05, Bl. **12** 166. Irrtum über Lizenzvertrag ist Tatirrtum; über §§ 4, 5 PatG. Rechtsirrtum.

Vgl. o. § 4 Ziff. 9.

§ 40. 1. Magnus, GewRschutz **05** 233, erörtert die Frage, ob § 40 auch auf denjenigen anwendbar ist, der die Gegenstände nicht selbst mit dem Vermerk versehen hat, sondern sie nur in Verkehr bringt.

2. Schanze, Tragweite des Patentsch. (Samml. ind. Abh. II 1) 57, gibt gegen die Bezeichnung von Erzeugnissen eines patentierten Verfahrens als patentiert die Klage auf Unterlassung.

3. LG. Dresden Bl. **12** 46. Die Bezeichnung „patentamtlich geschützt" für Gebrauchsmustergegenstände ist strafbar.

4. LG. Hamburg Bl. **12** 46. Die Bezeichnung DRPA. ist unzulässig, solange nicht die Bekanntmachung (§ 23) erfolgt und also ein Schutz nicht gegeben ist.

5. LG. Konstanz, Bl. **11** 289. Bezeichnung eines nur im Ausland geschützten Gegenstandes als „patentiert" ist strafbar.

6. **RG.** 29. 4. 05, Bl. **11** 264. Ein Zwischenhändler, der den auf ihm verkauften Gegenständen befindlichen unrichtigen Vermerk „DRP." nicht beseitigt, sondern sie mit ihm in Verkehr bringt, verletzt weder § 40 PatG. noch § 1 UnlWG. noch § 1 GewO.

7. **RG.** 5. 12. 05, Bl. **12** 45. Ist nur ein Teil eines Gegenstandes patentiert, so ist die Bezeichnung des ganzen Gegenstandes als patentiert dann gerechtfertigt, wenn der Teil so wesentlich ist, daß er dem ganzen Gegenstand ein eigentümliches Gepräge verleiht. — Es genügt, wenn die Anmeldung gemäß § 23 bekannt gemacht ist. — Die falsche Behauptung, ein Gegenstand sei patentiert, fällt nicht unter § 4 WettbewG.

8. Bl. **12** 327 (Hamburg). Der Anspruch auf Unterlassung der Patentanmaßung setzt kein Verschulden des sich Berühmenden voraus. — Eine einstweilige Verfügung erscheint hier, falls der Anspruch selbst glaubhaft gemacht ist, besonders gerechtfertigt.

Gebrauchsmusterschutzgesetz.

§ 1. 1. LG. Chemnitz Bl. **12** 171. Eine Zusammenstellung von Elementen ohne Kombinationswirkung ist nicht schutzfähig. Vgl. Ephraim, IndustR3. **1** 133.

2. Bl. **11** 243. (Bamberg.) Das Gebrauchsmuster „Gipsformen mit Lacküberzug für Figuren usw. aus Schokolade" ist aufrecht erhalten. Der Ersatz des bisher bekannten Schellacküberzugs durch einen Lacküberzug weist einen Fortschritt auf. Auch liegt eine Neugestaltung der Form vor.

3. **RG.** 1. 3. 05, Bl. **12** 142. Gratulationskarten sind Gebrauchsgegenstände.

4. **RG.** 11. 4. 06, Bl. **12** 262. Die Vorzeigung einer Maschine an einen Sachverständigen in der Absicht, sie bekannt zu machen, also ohne Schweigepflicht, sondern in der Erwartung des Gegenteils, ist offenkundige Vorbenutzung.

5. **RG.** 19. 3. 06, Bl. **12** 283, IndustR3. **1** 224. Ein Gebrauchsmuster ist, auch wenn es unmittelbar nur den Anschein eines anderen Gegenstandes hervorrufen soll, doch schutzfähig, falls mittelbar der Gebrauchszweck gefördert wird (Knabenschürzen mit einem der Militäruniform nachgebildeten Aufputz). Gegen diese Entscheidung Tolksdorf, IndustR3. **1** 277.

§ 2. 1. RG. 18. 1. 05, GruchotsBeitr. **49** 1120. Das Gebrauchsmuster mit dem Anspruch „die neue Anordnung, an Fahrradfelgen aller Art die Verbindungsstelle elektrisch zu schweißen . . .", ist gelöscht, — Die Anmeldung muß das Neue angeben; das Modell dient zwar zur Erläuterung, es ist aber unzulässig, in die Anmeldung aus dem Modelle Merkmale hineinzutragen, die in ihr keinen Ausdruck gefunden haben. — Als das Neue ist aber lediglich die Art der Herstellung, also ein Verfahren angegeben, ohne irgendwie kenntlich zu machen, daß es auch räumlich bestimmbar, die im Raum verkörperte Darstellung eines Erfindungsgedankens sei. — Ein Verfahren aber ist nicht schutzfähig.

2. PA. 18. 8. 05, Bl. **11** 266. Bei Mehrheit der Abbildungen liegt eine Mehrheit von Modellen vor. Mehrheit der Abbildungen besteht auch bei der Verbindung von Schnitten zweier Modelle durch eine gemeinsame Mittellinie.

§ 3. Schanze, Die Register- und Rolleneinschreibungen auf dem Gebiete des Industrierechts, Sammlg. industrierechtl. Abhdl. I. (Berlin 1905), enthält den erweiterten Abdruck eines im ZBlFG. **1** veröffentlichten Aufsatzes.

§ 4. 1. Bl. **11** 267 (Stuttgart). Ein Gebrauchsmuster auf einen „Baukörper" wird nicht verletzt, wenn derselbe nicht selbständig, sondern nur im ganzen mit dem Gebäude derart hergestellt wird, daß in keinem Teile des Verfahrens der Baukörper selbst als selbständige Sache erscheint.

2. Bl. **12** 48, GewRschutz **06** 28 (Hamm). Auch gegenüber einem GebrM. besteht ein Vorbenutzungsrecht; dies folgt aus dem Wesen des Erfindungsschutzes.

§ 6. 1. Schanze, Der Anspruch auf Löschung des GebrM., Sammlg. industrierechtl. Abhdl. I. 1. Heft (Berlin 1905), enthält den erweiterten Abdruck seiner beiden früher im SächsA. **3** u. **10** veröffentlichten Aufsätze.

2. Paul Alexander-Katz, IndustRZ. **1** 13, vertritt die Auffassung, der Antrag auf Löschung gehe darauf, daß das Gericht die Löschungsanordnung an das PA. erlasse. — Gegen ihn Wassermann das. 36, gegen diesen Alexander-Katz 59.

3. *Isay, Mitt. v. VDP. **6** 19. Der Anspruch auf Löschung geht auf Abgabe der Löschungsbewilligung durch den Inhaber.

4. Bl. **12** 194 (Dresden). Eine Teillöschung in der Weise, daß ein Element der Kombination gestrichen wird, ist nicht möglich.

5. Bl. **12** 309 (Dresden). Auf den Anspruch auf Löschung kann nicht durch Vertrag verzichtet werden; ein solcher Verzicht wäre mit Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit unwirksam. Aus einem Lizenzvertrage folgt ein Verzicht überhaupt nicht.

§ 8. PA. 31. 8. 06, Bl. **12** 309. Ist der letzte Tag der Schutzfrist ein Sonn- oder Feiertag, so muß die Zahlung am Tage vorher bewirkt werden. § 193 BGB. ist unanwendbar.

§ 9. 1. Schanze, Industrierechtl. Abh. I 106, vertritt die Ansicht, zur Klage sei aktiv nur der Eingetragene legitimiert.

2. RG. 28. 1. 05, JW. **05** 214 Ziff. 24, Bl. **11** 146. Die Benutzung während des auf Unterlassung gerichteten Prozesses verpflichtet nicht zum Schadensersatz, wenn der Beklagte auf Grund redlicher und verständiger Prüfung der festen Überzeugung war, das Gebrauchsmuster sei nicht schutzfähig.

§ 10. RG. 12. 10. 05, Bl. **11** 293. Die bloße Annahme, daß der Angeklagte trotz seiner Vorstellung von der Möglichkeit der Übereinstimmung beider Muster es unterlassen hat, sich in geeigneter Weise vom Gegenteil zu überzeugen, reicht zur Feststellung eines dolus eventualis nicht aus. Hierzu bedarf es der Feststellung, daß der Angeklagte den Eingriff auch für den von ihm als möglich unterstellten Fall gewollt hat, daß ein Eingriff vorliege.

Pariser Union.

Art. 4. 1. PA. 25. 3. 05, Bl. **11** 118. Beide Anmeldungen, die ausländische und die deutsche müssen in die Zeit seit 1. 5. 03 fallen.

2. Präsidialbescheid v. 19. 4. 05, Mitt. v. VDP. **5** 33. Auch ein Inländer kann auf Grund der früheren ausländischen Anmeldung die Priorität in Deutschland geltend machen.

3. PA. 26. 9. 05, Bl. **12** 32. Der Anmeldetag der ursprünglichen amerikanischen Anmeldung ist maßgebend, auch wenn später ein Reissue ergangen ist.

4. PA. 16. 12. 05, Bl. **12** 127. Das aus der Auslandsanmeldung in Deutschland entstehende Prioritätsrecht kann unabhängig von der Auslandsanmeldung übertragen werden. — Die Übertragung unterliegt deutschem Rechte (§ 413 BGB.).

5. PA. 16. 12. 05, Mitt. v. VDP. **6** 4. Das Prioritätsrecht ist übertragbar. Der englische Anmelder hatte die Priorität betreffs der deutschen Anmeldung auf den deutschen Anmelder vor dem Tage der letzteren übertragen; dieser kann daher die Priorität der englischen Anmeldung beanspruchen.

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen.

Vom 12. Mai 1894.

§ 1. 1. Rauter, Über Warenzeichenzwang, GewRschutz **06** 142. Warenzeichen ist ein auf irgendwelchen gewerblichen Erzeugnissen oder in Verbindung damit zu benutzendes Zeichen, das deren Herkunft oder Beschaffenheit kennzeichnen soll.

2. PA., Bl. **06** 60. Bei Personennamen, die zugleich Sachnamen sind (z. B. Löwe, Hahn), ist es geradezu gebräuchlich, als Warenzeichen die bildliche Darstellung des Gegenstandes zu wählen.

3. Niebour, Zur Systematik der Warenzeichen, Markschutz u. Wettbew. **6** 4—12, 112—7, 132—5, gibt eine eingehende Systematik und eine Übersicht der aus dem Namen der Inhaber abgeleiteten Zeichen, insbesondere eine Darstellung, wie diese Ableitung bei den Warenzeichen in der deutschen WZRolle geschehen ist. Osterrieth: Die Schutzfähigkeit der Wertzeichen, Markschutz und Wettbew. **6** 110—112, 129—132 gibt eine Übersicht über die in der deutschen Zeichenrolle eingetragenen Wertzeichen.

4. **RG.** JW. **06** 723. Das „Versehen" einer Ware mit einem Zeichen kann auch derart geschehen, daß beide ein stoffliches Ganzes bilden, doch muß es auf der Ware als etwas Selbständiges angebracht sein. Ist es aber technisch notwendiger Bestandteil, so ist das Bild in der Ware als ein zu ihrer bestimmungsgemäßen Herstellung notwendiger Bestandteil aufgegangen. Dadurch ist dem rechtlich unhaltbaren Ergebnisse vorgebeugt, daß durch den Eintrag eines des Musterschutzes entbehrenden Geschmacksmusters als Warenzeichen ein ausschließliches Recht auf seine Benutzung erworben wird.

§ 2. 1. Bezüglich Druckstocks vgl. Verf. des Kais. PA. 22. 12. 05, GewRschutz **06** 32.

2. PA., Bl. **06** 10. Der Ausdruck „kaufmännisches Geschäft" ist keine genügende Bezeichnung des Geschäftsbetriebes, da der Verkehr nicht in der Lage ist, sich danach eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Vorstellung zu machen.

§ 4. 1. Unzulässige Warenzeichen. Bl. **06** 195—206: Verzeichnis unzulässiger Zeichen.

2. PA., Bl. 06 11—12. Zeichen, die ausschließlich aus Buchstaben bestehen, werden auch durch unterscheidungsunkräftige Zutaten nicht eintragbar.

3. Abs. 2. PA., Bl. 06 59. Der Beginn der 2jährigen Sperrfrist bestimmt sich nach dem Tage der tatsächlich erfolgten Löschung. Unerheblich ist, von wann ab ein Rechtsgrund für die Löschung vorlag.

4. Täuschungsgefahr. PA., Bl. 06 11. Die bloße Genehmigungserklärung einer Person, die ebenso heißt, wie ein zur Eintragung des Warenzeichens angemeldeter Name (z. B. Perry), vermag die durch den Mangel einer sachlichen Beziehung der Waren zu der Person begründete Täuschungsgefahr nicht zu beseitigen.

5. Freizeichen. a) PA., BschwAbt., Bl. 06 330, 21. Ein Zeitraum von wenigen Tagen reicht nicht aus, um das Zeichen zum Freizeichen zu machen. Eine Zeichenbenutzung, durch die ein F. sich bildet, muß nach außen das Zeichen zur Erscheinung bringen; Vorbereitungsmaßregeln (z. B. das Bekleben der Waren mit dem Zeichen) reichen nicht aus. b) Bezüglich der Frage der Freizeichen und Warennamen und WZRecht vgl. Meili, Die Weltmarke Ichtyol, GewRschutz 06 34, 50, Schweizer BundesG. 22. 9. 05, Bl. 06 23—24.

6. Beschaffenheitsangabe und Bestimmungsangabe. a) PA., Bl. 06 11. Beschaffenheitsangaben sind auch dann nicht eintragbar, wenn sie in sprachüblich gebildeter Abkürzung auftreten. b) PA, Bl. 06 263. Wörter, die die Ware als Ersatz für eine andere bezeichnen, sind nicht eintragbar; auch dann nicht, wenn der Name der anderen Ware geschützt ist. c) PA., BschwAbt., Markschutz und Wettbew. 5 71—72. Es gibt keine bindende Regel, welche fremden Sprachen der Deutschen bei Prüfung der Frage gleichzustellen sind, ob ein fremdsprachiger Ausdruck als Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe aufzufassen sind. — Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls für die Entscheidung der Frage heranzuziehen, ob das angemeldete Wort dem freien Verkehre vorzubehalten ist. d) PA., BschwAbt., Bl. 06 206—207. Worte, die eine Gattung von Personen bezeichnen, sind als Angabe der Bestimmungen der Ware nicht eintragbar (z. B. Bureaudiener und Hausdiener für Seife, Gentleman für Bleistifte).

7. WürttJ. 18 163 (Stuttgart). Für die Frage der Gleichwertigkeit ist zwar nicht die Gleichheit der Stoffe, aus welchen die Waren bestehen, wohl aber die Gleichheit der Gebrauchsbestimmung maßgebend.

§ 5. 1. PA., Bl. 06 39—60. Die Androhung, daß bei Schweigen auf eine Verfügung binnen bestimmter Frist ein Teil der Anmeldung als zurückgezogen gelte, widerspricht dem Gesetze.

2. PA., BschwAbt., Bl. 06 60—61. Nur bezüglich der „Übereinstimmung" der Zeichen und der Waren mit dem eigenen Zeichen, nicht auch bezüglich der „absoluten Versagungsgründe" steht dem Widersprechenden ein Widerspruchsrecht zu.

3. PA., Bl. 06 264. Nur derjenige, welcher die Nachricht aus § 5 erhalten hat, hat das Recht zum Widerspruch. — Die Einleitung des Widerspruchsverfahrens mit einem älteren Zeichen enthält nicht die Feststellung, daß andere Zeichen mit den angemeldeten Zeichen nicht übereinstimmen.

4. PA., Bl. 06 332. Die Vollmacht zur Erhebung von Widersprüchen gegen künftige Anmeldungen steht nicht einer Prozeßvollmacht gleich, deren Bestand durch Veränderung in der Prozeßfähigkeit nicht berührt wird, ist vielmehr nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Sie erlischt daher gemäß § 672 BGB. in der Regel mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Auftraggebers.

5. Landenberger, Das Widerspruchsverfahren im Warenzeichenrecht auf Grund des § 5, IndustRZ. 06 145 ff. Die Benachrichtigung der Inhaber collidierender

Marken soll möglichst gleichzeitig an alle Adressen geschehen, weil damit der Anmelder die Möglichkeit erhält, sich über die Wahrscheinlichkeit der Eintragung ein Urteil zu bilden. — Die Widerspruchsaufforderung sollte nur an solche Zeicheninhaber geschehen, von denen ein Widerspruch auch erfolgreich sein müßte.

6. Ephraim, IndustRZ. 06 217 ff. Ist die Annahme der Übereinstimmung zweier Zeichen gegeben, muß Benachrichtigung stattfinden. Für ein „Belieben" des PA. ist kein Raum. — Bei Feststellung des Widerspruchszeichens hat eine abschließende, nicht nur summarische Prüfung zu erfolgen.

7. Schloßmacher, Das Verfahren zur Eintragung des Zeichens, Gew. Rschutz 07 63—68, schildert das bisher geübte patentamtliche Verfahren und knüpft daran Vorschläge de lege ferenda.

8. Über die Tätigkeit und die Verantwortlichkeit des Patentanwalts bei WZNachforschungen vgl. Mitt. d. PAV. 06 12—13.

9. **RG.** (Strafs.), Bl. 06 208, SeuffBl. 06 60—61. Für die Frage der Gleichartigkeit der Ware kommt es darauf an, ob die Möglichkeit einer Verwechselung gegeben ist. Daneben kommen in Betracht: ähnliche Beschaffenheit und Zusammensetzung, Herstellung in derselben Fabrik, Vertrieb in den gleichen Verkaufsstellen, ähnlicher Verwendungszweck, gleicher Abnehmerkreis.

10. PA., Bl. 06 263. Pharmazeutische Produkte und Präparate sind gleichartig.

11. **RG. 60** 324—326. Die Frage der Gleichartigkeit (§§ 5, 9, 12) ist überall in demselben Sinne zu verstehen. Das Hauptgewicht ist nicht darauf zu legen, ob sich die Waren durch Herkunft und Material unterscheiden, sondern darauf, ob die Möglichkeit einer Verwechselung oder Täuschung im Verkehr gegeben ist. Die Auffassung des Verkehrs entscheidet. In der Regel wird dies bei Waren zutreffen, die in den gleichen Geschäften und demselben Kundenkreis vertrieben werden.

§ 8. 1. Ephraim, Markschutz u. Wettbew. **5** 126 ff. Im Löschungsverfahren wird kein Vorbescheid erlassen. Der Vorprüfer tritt nicht in Tätigkeit.

2. Heimann, Löschung von Warenzeichen, Markschutz u. Wettbew. **5** 75 bis 78, bekämpft die bisherige prozessuale Behandlung des Löschungsverfahrens durch das PA. und verlangt, daß, wenn der Zeicheninhaber der Löschung widerspricht, regelmäßig der Vorprüfer bzw. die WZAbteilung ihren Standpunkt, falls er ungünstig sein sollte, zunächst durch einen Bescheid bekannt gibt, ehe auf Löschung erkannt werden kann.

3. Rathenau, Wortzeichenschutz für pharmazeutische Produkte, GewRschutz **06** 195—203, ABürgR. **27** 1 ff., befürwortet die Schaffung eines neuen Löschungsgrundes für den Fall, „daß das Zeichen zur allgemein üblichen Warenbenennung geworden ist". Allerdings gehen die Bestrebungen der Apotheker auf völlige Beseitigung des Wortzeichenschutzes für Arzneimittel zu weit. Doch wird der chemischen Industrie — aus wirtschaftlichen Gründen — durch den Wortzeichenschutz eine tatsächliche Monopolstellung eingeräumt, die über den Zweck des WZSchutzes weit hinausgeht. Dagegen: Worms, Über Wortzeichen bei pharmazeutischen Produkten, GewRschutz **07** 68—70.

§ 9. 1. Bl. **06** 61 (Kiel). Der jeweilige Firmeninhaber ist zur Geltendmachung der Rechte aus den für die Firma eingetragenen Zeichen auch ohne ihre vorherige Umschreibung legitimiert.

2. **RG.** Bl. **06** 338—340. Ein täuschendes Warenzeichen im Sinne des § 9 Abs. 1 Ziff. 3 liegt zwar grundsätzlich dann nicht vor, wenn es in den beteiligten Verkehrskreisen lediglich als Kennzeichen die Herkunft der Ware von einem bestimmten Gewerbetreibenden angesehen wird. Wohl aber kann dies dann der Fall sein, wenn es sich daneben als eigentliche Beschaffenheitsangabe

darstellt, auf Grund dessen der Ware in den beteiligten Kreisen eine Beschaffenheit beigelegt wird, die sie in Wahrheit nicht hat.

3. M. Seligsohn, Die Löschung von Warenzeichen, die nicht für einen Geschäftsbetrieb bestimmt sind. Markenschutz u. Wettbew. 5 102—103. Man hat aus § 7 die Folgerung gezogen, daß das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebes eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung des Zeichenrechtes ist, ohne Geschäftsbetrieb gebe es kein Warenzeichen (vgl. PA., Bl. 7 44, OLG. Frankfurt ebd. 181). Dieser Schluß ist aber kein zwingender. Es genügt, daß der Betrieb in Aussicht genommen ist. Auch fehlt es an einer Vorschrift, daß das PA. der Anmeldung gegenüber verpflichtet ist, das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs zu prüfen. Auch das Bedürfnis der Praxis steht entgegen; dasselbe verlangt, daß schon vor Beginn des Geschäftsbetriebs die wichtigsten Unterscheidungsmittel zur Verfügung stehen (analog wie bei der Eintragung der Firma). Ist aber das Bestehen des Geschäftsbetriebs nicht bei der Anmeldung zu prüfen, so ist das Nichtbestehen auch kein Löschungsgrund aus § 8 Ziff. 2. Dagegen ist die Klage aus § 9 Ziff. 2 gegeben. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um die Durchführung des leitenden Gedankens, daß das Zeichenrecht bestimmten wirtschaftlichen Interessen des Zeicheninhabers dienen soll und daß es seine Existenzberechtigung verliert, wenn diese Interessen nicht vorhanden sind. Infolgedessen wird man den § 9 Ziff. 2 vermöge seiner ratio erst recht anwenden müssen, wenn der Geschäftsbetrieb, für den das Zeichen bestimmt ist, überhaupt nie begonnen hat (vgl. Seligsohn, Rhenius, Kent, Allfeld, Finger). Wollte man die Löschungsklage aus § 9 WZG. nicht geben, so würde man die Klage auf Löschung solcher Zeichen, die ohne wirtschaftliche Grundlage lediglich zur Erpressung dienen, auf Grund des § 826 BGB. geben müssen.

4. Leo, Ein Prozeß der Kodakgesellschaft, Markschutz u. Wettbew. 5 73—74, (auch eingehende Kritik des Urteils des RG. vom 12. 12. 05). Von einem „den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden" Inhalt kann nur die Rede sein, wenn das Warenzeichen einen in sich erkennbaren Inhalt besitzt.

§ 12. 1. **RG.** Bl. **06** 173—175. Gegenüber der Untersagungsklage ist der Einwand zulässig, daß der Zeicheninhaber durch seine Zeichenanmeldung seinem Gegner in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt habe. Dies ergibt sich aus dem im § 826 BGB. niedergelegten allgemeinen Grundsatz der Schadensersatzpflicht in Verbindung mit dem Satz des § 249 daß derjenige, welcher Schaden zugefügt hat, den Zustand herstellen müsse, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

2. **RG.** Bl. **06** 174—175. Zulässig ist die Klage auf Feststellung, daß ein vom Beklagten an den Kläger gerichtetes Verbot, ein Zeichen zu führen, weil es in das Zeichenrecht des Beklagten eingreife, ungerechtfertigt sei.

3. Zur nämlichen Frage: Fuld, Negative Feststellungsklage bei eingetragenem Warenzeichen, GewRschutz **05** 16—19. Die Feststellungsklage gegenüber einem eingetragenen Warenzeichen und die materielle Prüfung der Identität ist zulässig.

4. **RG.** JW. **06** 439. Der Etablissementsname steht nicht unter dem Schutze des Warenzeichen-, sondern dem des § 8 WettbewG.; andererseits kann der Zeichenschutz nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß ein anderer dieses Zeichen als bloßen Etablissementsnamen benutzt und dann seine Waren in gleicher Weise bezeichnet.

5. **RG.** GewRschutz **05** 60, 94—95. Der Unterlassungsanspruch richtet sich nicht nur gegen den Täter, sondern auch gegen den Anstifter und Gehilfen.

6. **RG.** **60** 154. Die Unterlassungsklage aus § 12 setzt ein Interesse an ihrer Erhebung voraus und ist darum nicht länger statthaft, als die Besorgnis

einer Wiederholung der Störung dauert. Daraus folgt aber nicht, daß der Zeicheninhaber im Falle einer rechtswidrigen Benutzung seines Zeichens zur Begründung der negatorischen Klage den Nachweis führen müsse, daß eine weitere Störung noch zu besorgen sei. Sache des Gegners ist es vielmehr, darzutun und zu beweisen, daß die Gefahr weiterer Störung nach den Umständen des Falles dauernd ausgeschlossen ist, sei es aus objektiven Gründen, z. B. wegen Aufgabe des betreffenden Geschäftsbetriebes, oder zufolge einer unzweideutigen Erklärung in Verbindung mit entsprechendem Verhalten. Ob die eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unterlassung der Benutzung eines Zeichens den Schluß rechtfertigen kann, daß eine dauernde Unterlassung mit Bestimmtheit zu erwarten steht, ist Gegenstand tatsächlicher Beurteilung. Regelmäßig wird dem Interesse des Zeicheninhabers an Beseitigung der durch den unbefugten Gebrauch seines Zeichens in dem Kundenkreise hervorgerufenen Verwirrung und Ungewißheit über die Herkunft des Zeichens nicht mit einer bloß außergerichtlichen Erklärung des Störers, daß er das Zeichen nicht weiter benutzen werde, sondern nur mit der förmlichen Anerkennung seines verletzten Zeichenrechts im Prozesse gedient sein.

7. **RG.** GoltdA. **53** 279. Das Versehen einer Ware mit einer fremden Firma ist, weil es sich um eine Ware, also eine für den Verkehr bestimmte Sache handelt und weil der Zweck des Gesetzes auf Verhinderung der Verwechselungsgefahr im Verkehr gerichtet ist, nur dann widerrechtlich, wenn es geschieht, um die so bezeichnete Ware in Verkehr zu bringen oder als solche feilzuhalten, mit dem Vorsatz, daß danach die Firma im Verkehr als diejenige erscheint, von welcher die Ware herrührt. Wer ein Gefäß, auf dem eine fremde Firma angebracht ist, auf Verlangen des Besitzers zu dessen Privatgebrauch mit einer Ware füllt, bringt nicht notwendig eine widerrechtlich gekennzeichnete Ware in Verkehr.

8. Rauter, Die Rechte des Vorbenutzers an Warenzeichen, „Die chemische Industrie" **06** Nr. 7 und Das Recht des Vorbenutzers eingetragener Warenzeichen, GewRschutz **07** 59—63, bekämpft die Praxis des RG., welche ein Vorbenutzungsrecht an Warenzeichen nicht zuläßt. R. meint, daß man auch schon de lege lata mittels der §§ 4 Ziff. 3, 8 Ziff. 2, 9 Ziff. 3, insbs. aber mittels § 15 WZG., des UnlWettbewG., §§ 138 Abs. 1, 823, 824, 826, gegebenenfalls auch mittels § 226 BGB. dem Vorbenutzer helfen könne (sehr bedenklich!). Über dieselbe Frage de lege ferenda: Wassermann, Die Wirkung der Vorbenutzung im Patent- und Markenrecht, UnlWettb. **5** 85—90, wo zugleich ausführliche Zusammenstellung der Judikatur.

§ 13. 1. **RG.** Bl. **06** 224. Bei einem als Warenzeichen geschützten Personennamen ist der Einwand zulässig, daß sich der Name im Verkehr zu einer Gattungsbezeichnung von Waren von bestimmten Eigenschaften und damit zu einer Beschaffenheitsangabe entwickelt habe.

2. **RG.** Bl. **06** 226. Eine Benennung, die ursprünglich Individualbezeichnung war, kann Beschaffenheitsangabe im Sinne des § 13 werden, wenn sie im Laufe der Zeit zur Systembezeichnung geworden ist. Der Begriff der Beschaffenheitsangabe erfordert nicht, daß das Wort schon seiner sprachlichen Bedeutung nach für den, dem die Ware noch unbekannt ist, etwas über deren Beschaffenheit mitteilt (Singernähmaschine!).

3. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 264, JW. **06** 496. § 13 betrifft nur solche Angaben über den Ort der Herstellung, die den wirklichen Herkunftsort bezeichnen oder wenigstens nach dem ernstlichen Willen des Benenners bezeichnen sollen. Wer sich daher eines Ortsnamens lediglich als eines Merkworts für seine Waren bedient, ohne damit deren Herkunft angeben zu wollen, genießt den Schutz nicht.

4. **RG.** Bl. **06** 338, IndustRZ **07** 21. Die als Schlagwort dem wesentlichen Inhalt der Firma entnommene willkürliche Abkürzung kann den Schutz aus § 13 WZG. gegenüber einem eingetragenen Warenzeichen nur dann beanspruchen, wenn sie vor dessen Eintragung als Abkürzung der Firma bei den Abnehmern eingeführt war. — Hat sich eine Firma schon vor der Eintragung des Warenzeichens einer entsprechenden Abkürzung bedient und alsdann das Recht zum Gebrauche der Firma rechtmäßig auf eine Aktiengesellschaft übertragen, die sich tatsächlich der Firma und der Abkürzung bedient, die Eintragung dieser Firma ins Handelsregister aber erst nach der Eintragung des Warenzeichens erlangt hat, so steht der Aktiengesellschaft ebenfalls § 13 WZG. zur Seite (Keyser-Nähmaschine!). Vgl. zu dieser Entscheidung Paul Alexander-Katz, Warenzeichen-, Firmenrecht- u. Beschaffenheitsangabe, IndustRZ. **06** 207—208.

§ 14. 1. **RG.** (Straff.) JW. **06** 496. Das Vergehen ist mit dem Versehen vollendet, ohne daß ein Inverkehrbringen oder Feilhalten der Waren hinzuzukommen braucht. Erforderlich ist aber zu dieser äußeren Handlung noch die Widerrechtlichkeit, die erst vorliegt, wenn das Versehen zu einem vom Gesetze gemißbilligten Zwecke geschieht, also zu dem Zwecke, die Ware unter der Bezeichnung in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten.

2. **RG.** (Straff.) JW. **06** 797. Zu den „Waren" gehören auch Werke der Literatur und Kunst. Wer derartige geistige Erzeugnisse, selbst wenn sie keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, in Verkehr bringt, z. B. der Verlagsbuchhändler, hat das Recht aus dem WZGesetz. Aber der Erzeuger des Geisteswerkes als solcher bringt die körperliche Sache nicht in Verkehr. Sein Name ist zwar Zeichen für die Herkunft, aber für die Herkunft der Sache als Geistesschöpfung, nicht der Sache als Ware.

3. **RG.** (Straff.) JW. **06** 797. Wie der Zweck des Gesetzes nicht weiter reicht, als dem Beteiligten die Unterscheidung seiner Waren von denjenigen anderer zu ermöglichen, so liegt auch ein Eingriff in das geschützte Recht nur dann vor, wenn dieser Zweck vereitelt wird. Daher findet nur dann eine Verletzung des Zeichenrechts durch eine Warenbezeichnung statt, wenn diese geeignet ist, dritte Personen in den Glauben zu versetzen, es handle sich um eine Kennzeichnung der Ware mit dem geschützten Zeichen. Daraus folgt, daß die Verbindung oder Verschmelzung eines geschützten Zeichens — auch in seiner Totalität — mit einer anderen Warenbezeichnung dann gestattet sein kann, wenn das geschützte Zeichen dabei durch andere Bestandteile der neuen Warenbezeichnung zurückgedrängt wird, derart, daß es in seiner Individualität untergeht und seine Unterscheidungskraft innerhalb der neuen Kombination einbüßt. Das gilt insbs. auch von Wortzeichen. Bei der doppelten Bedeutung dieses Zeichens, als Wort- und Klangzeichen, wird sich die Prüfung, ob das zur Bildung der neuen Warenbezeichnung verwendete Zeichen seine charakteristische Erscheinung in der Neubildung verloren hat, nicht nur auf die graphische Erscheinung, sondern auf den Klanglaut zu erstrecken haben. Die begriffliche Bedeutung des Wortzeichens einerseits und die Neubildung, in der es wiederkehrt, andererseits ist dabei an und für sich gleichgültig. Wesentlich ist nur, ob die Neubildung geeignet ist, für Auge und Ohr das geschützte Wort zu verdrängen. Dabei wird erfahrungsgemäß die begriffliche Bedeutung der Worte nicht ohne Einfluß bleiben auf den Eindruck, den das Gesamtbild des Zeichens und der neuen Warenbezeichnung hervorruft. Es wird insbes. die Verwendung eines neuen Wortes neben dem geschützten Zeichen dann ganz besonders dazu dienen können, die Verwechselungsgefahr fernzuhalten, wenn es in seiner begrifflichen Bedeutung einen Hinweis darauf enthält, daß eine andere, als die mit dem geschützten Zeichen gekennzeichnete Ware in Verkehr gelangt.

4. ObGeruKassH. Wien v. 20. 10. 05, 21. 10. 05, 13. 11. 05, ÖstPBl. **05** Ziff. 3, hält für die wissentliche Markenverletzung dolus eventualis für ausreichend. Wissentlich sei die Verletzung nicht nur dann, wenn der Täter bestimmt wisse, daß die Marke registriert sei, sondern auch wenn er erhebliche Zweifel hegt oder hegen muß (sic!) und nicht die zweckentsprechenden Erhebungen pflegt, um sich von der Nichtregistrierung zu informieren. Allerdings fügt der oberste Gerichtshof an anderer Stelle die Einschränkung hinzu, „sofern nur außer Zweifel steht, daß ihn auch die Gewißheit der Registrierung von der Deliktshandlung nicht abgehalten hätte".

5. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 333—334, JW. **06** 613 Ziff. 45. Zusätze zu der echten, vom Zeicheninhaber herrührenden Ware können den Gebrauch des Warenzeichens auf dieser Ware zu einer widerrechtlichen machen, denn die Mischung ist eine von einem Dritten, also nicht vom Zeicheninhaber, hergestellte Ware. Für die Anwendung des Gesetzes ist es nicht nötig, daß die widerrechtlich versehene Ware von der echten vollständig verschieden ist (z. B. eine Mischung von Maggis Suppenwürze mit einem anderen Präparat wird mit dem Zeichen der Maggi-Gesellschaft versehen).

6. **RG.** (Strafs.), GewRschutz **05** 62. Zur Wissentlichkeit gehört das Bewußtsein des Täters, daß er sich eines geschützten Zeichens bediene, und die Kenntnis von dem fehlenden eigenen Rechte zur Benutzung. War der Täter der Anschauung, der Druck bezwecke nur Reklame, nicht eine Bezeichnung der Ware, die Zeicheninhaberin habe daher nichts einzuwenden, so fehlt ihm das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit.

7. **a) RG.** (Strafs.) **RG.** 9. 1. 05, GewRschutz **05** 210. In subjektiver Beziehung genügt wissentliches Handeln; die Absicht, eine Täuschung des Erwerbers herbeizuführen, gehört nicht zum Tatbestande des § 14. **b) RG.** (Strafs.) IndustRZ. **07** 22. Als Täter hat vor allem der Geschäftsinhaber zu gelten, außer wenn er die „Bezeichnung" durch seine Leute vornehmen läßt und von diesem Standpunkt aus erscheinen die letzteren als seine Gehilfen, selbst wenn sie mit eigener Hand das tun, was das Gesetz mit Strafe bedroht. Gehilfe kann auch ein selbständiger Gewerbetreibender sein, wenn er auf Geheiß des Herstellers der Ware das fremde Zeichen anbringt. Nicht aber ist schlechthin jeder Täter, der in seinem Interesse das Versehen der Ware mit dem Zeichen veranlaßt.

8. **RG.** JW. **07** 84. Der Monopolist (d. h. derjenige, dem für einen bestimmten Bezirk der Vertrieb der durch das Zeichen geschützten Ware übertragen wird) gehört nicht zu den „Verletzten". Das WZGesetz will grundsätzlich nicht einen Schutz des Publikums, sondern nur einen Schutz der im Gesetz als „Verletzte" bezeichneten Personen. Das Zeichenrecht ist ein absolutes Recht, ein Individualrecht; bei ihm soll — wie beim Namen und der Firma — das Recht der Persönlichkeit geschützt werden. Der Streit über die Verletzung ist daher nur zwischen dem Inhaber des absoluten Rechtes und dem dieses Recht Verletzenden, nicht aber zwischen dem Verletzer und demjenigen auszumachen, der von dem absolut Berechtigten nur obligatorische Rechte eingeräumt erhalten hat; der Dritte kann nur das absolute Recht, nicht das obligatorische Recht verletzen. — Der Monopolist kann auch nicht als Nießbraucher (und damit als dinglich Berechtigter) bezeichnet werden (so Finger, WZG. § 14 Anm. 6), da es sich bei der Untrennbarkeit von Warenzeichen und Geschäftsbetrieb immer um die Bestellung eines Nießbrauchs auch am Geschäftsbetrieb des WZInhabers handeln könnte — wovon gegenüber dem sein eigenes Geschäft betreibenden Monopolisten nicht die Rede sein kann —, da auch das WZRecht nicht teilbar ist, auch nicht teilweise übertragbar und ein Nießbrauch an einem Recht, das nicht übertragbar, auch

nicht bestellt werden kann. — Auch die Entschädigungsklage aus § 14 hat der Monopolist nicht, denn ein individuelles Recht des Monopolisten wird nicht verletzt und der Schutz obligatorischer Rechte liegt nicht im Rahmen des WZGesetzes.

9. **RG.** GewRschutz **06** 210. Dem Verletzten steht kein Anspruch auf Rechnungslegung zu.

10. **RG.** IndustRZ. **06** 214. Ist die im Auslande begangene Haupttat, zu welcher der Angeklagte im Inlande wissentlich Beihilfe geleistet haben soll, nach deutschem Rechte, d. h. so zu beurteilen, als ob auch sie in Deutschland begangen wäre, dann bildet es doch die selbstverständliche Voraussetzung für die Feststellbarkeit eines Vergehens im Sinne des § 14, daß das nachgeahmte Warenzeichen in dem Lande der wirklich begangenen Tat als solches Rechtsschutz genoß und das Wissen hiervon gehört zum Vorsatz des Gehilfen.

§ 15. 1. **RG.** Bl. **06** 148—150. § 15 enthält nur eine Verbotsbestimmung, schützt aber kein Genußrecht. Die Untersagungsklage hat danach nicht negatorischen Charakter, sondern entspricht der Untersagungsklage, die nach begangener unerlaubter Handlung, weil deren Wiederholung droht, zugelassen wird.

2. **RG.** Bl. **06** 216. Auch auf § 15 WZG. bezieht sich § 10b des Zusatzprotokolls zum Pariser Übereink. f. d. intern. Schutz des gewerbl. Eigentums.

3. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 335—336. Auch einzelne Buchstaben können als „Ausstattung" Schutz genießen.

4. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 337—338, IndustRZ. **07** 21, JW. **06** 613 Ziff. 46. § 15 verlangt nicht, daß die Ausstattung innerhalb aller beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen der aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb herrührenden Ware gilt. Es genügt die Anerkennung eines örtlich begrenzten Kreises. — Die Nachahmung der Ausstattung durch andere, sowie die Tatsache, daß innerhalb anderer örtlich begrenzter Kreise auch andere als Inhaber der Ausstattung anerkannt werden, bewirken nicht den Verlust des Ausstattungsschutzes.

5. **RG.** JW. **06** 613. Das Kennzeichen der Ware setzt nicht notwendig eine räumliche Verbindung mit der Ware voraus.

6. **RG.** Markschutz u. Wettbew. **6** 139. Verboten kann nur werden, was bereits verübt war; es ist also unzulässig, ein im Voraus allgemein noch garnicht näher bestimmtes Verfahren zu untersagen.

§ 16. 1. (**RG.** Strafs.) Bl. **04** 428, GewRschutz **05** 211, **RG.** (Strafs.) **33** 131—139, GewRschutz **05** 238—241. Das Vergehen kann auch durch Unterlassung begangen werden. Strafrechtlich haftet auch der Stellvertreter für die Nichterfüllung der seinem Auftraggeber gesetzlich obliegenden Verpflichtung.

2. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **05** 211—212, GoltdA. **51** 176—177. Zum Tatbestand gehört nicht die Vermögensschädigung, sondern nur die Irreführung.

§ 18. 1. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 61, IndustRZ. **06** 130—131, JW. **06** 258. Auf Zahlung einer Buße kann auch gegen den Gehilfen erkannt werden.

2. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 208—209. Die Buße kann, soweit ein und derselbe schädigende Erfolg in Frage kommt, nur in einer einzigen Summe Geldes in Frage kommen. — Unzulässig ist es, den Betrag desselben Schadens in mehrere Bußen zu zerlegen und den einen der mehreren Verurteilten für den einen Teil, den anderen für den anderen Teil haftbar zu machen.

§ 20. 1. **RG.** **60** 154. Das Gericht hat sich bei Beurteilung der Verwechselungsfähigkeit in die Seele des ahnungslosen Käufers zu versetzen und zwar des Käufers, der weder veranlaßt noch in der Lage ist, die beiden Zeichen durch Nebeneinanderhalten genau zu prüfen, der vielmehr die Prüfung mit Rücksicht auf die durch die Eile des Verkehrs gebotene Raschheit ohne gründliche Durchforschung etwaiger Erkenntnisquellen auf Grund der ihm aus der Erinnerung

oder aus Berichten anderer bekannten allgemeinen Umrisse vornehmen muß. — Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats.

2. **RG.** IndustRZ. **06** 215. Es kommt auf das Gesamtbild an, nicht auf die Vergleichung der einzelnen, in ihm enthaltenen Teile der beiderseitigen Zeichen. Allein maßgebend ist der auf das kaufende Publikum hervorgerufene Eindruck.

3. K. k. ÖstHandMin. 31.8.05, ÖstPBl. **06** 658 Ziff. 16, IndustRZ. **06** 215. Für die Beurteilung der Verwechselungsfähigkeit zweier Zeichen ist in erster Linie die Auffassung des inländischen Verkehrskreises maßgebend und zwar die Anschauungen des konsumierenden Publikums, nicht die der auch geringfügige Unterschiede beachtenden Händler. Aus dem Umstande, daß ein Zeichen lange Zeit und in bedeutendem Maße von einem großen Unternehmen gebraucht worden ist, muß geschlossen werden, daß das Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen des Unternehmens gegolten hat.

4. **RG.** Markschutz u. Wettbew. **5** 94—95. Im Verkehr kann das Gesamtbild durch einen den ganzen Eindruck des Bildes beherrschenden, besonders in die Augen fallenden Teil derart beherrscht werden, daß dieser Teil als der charakteristische, unterscheidende, auf die Herkunft der Ware hinweisende gilt.

5. **RG.** **63** 241, Bl. **06** 334, IndustRZ. **07** 21. Falls die Zeichen an sich nicht ähnlich sind, aber die Kleinheit derselben eine Verwechselungsgefahr insofern in sich birgt, als dieselben bei oberflächlicher Betrachtung überhaupt nicht mehr als Zeichen erkenntlich sind, so daß wer die Zeichen erkennen wolle, genau hinsehen oder eine Lupe nehmen müsse, liegt § 20 nicht vor.

6. **RG.** JW. **06** 440. Wenn auch für § 20 die objektive Verwechselungsgefahr in Frage kommt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß, wenn ein Gewerbetreibender in der Absicht, Verwechselungen zu ermöglichen, ein Zeichen annimmt, in Wirklichkeit im Verkehr die Möglichkeit der Verwechselung besteht.

7. **RG.** Bl. **06** 146. Warenzeichen, die nur eine geringe Abweichung von den im Verkehr üblichen Bezeichnungen aufweisen, haben infolge ihrer schwächeren Unterscheidungskraft geringere tatsächliche Wirksamkeit. Sie genießen aber im übrigen gleichen Rechtsschutz wie alle sonstigen Zeichen. Auch bei der Frage der Ähnlichkeit kommt es auf den Gesamteindruck an, für den nicht nebensächliche Unterschiede maßgebend sind, sondern diejenigen Umstände, die dem Zeichen seine Eigenart und damit seine Unterscheidungskraft verleihen. — Die Hinzufügung einer Firma zu einer fremden Warenbezeichnung, dient in der Regel nicht zur Unterscheidung, sondern stiftet vielmehr Verwirrung an.

8. **RG.** Bl. **06** 176. Im Gegensatz zum PA. (vgl. die Geschäftstätigkeit des Kais. PA. v. 1891—1900 S. 272) halten die ordentlichen Gerichte in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß nur die äußere Erscheinung in Betracht zu ziehen sei, nicht der Sinn, der mit dem Zeichen verbunden wird. Daher ist ein Bild mit Bild, Klanglaut mit Klanglaut zu vergleichen. Doch besteht keine Kollision zwischen Bild und Wortzeichen. Trotz der sehr beachtenswerten Erwägungen des PA. hält der Senat bei nochmaliger Prüfung an dieser Auffassung fest, ebenso KG. Markschutz u. Wettbew. **5** 81, 82.

9. **RG.** Bl. **06** 209. Das Hinübernehmen des charakteristischen Teiles eines Warenzeichens in eine andere Warenbezeichnung kann die Verwechselungsgefahr begründen (vgl. **RG.** **38** 83, Bl. **3** 76, **9** 210).

10. PA., Bl. **06** 263. Die Übereinstimmung von zwei Wortzeichen wird dadurch, daß sie von verschiedenen Stämmen abgeleitet sind, nicht beseitigt.

11. PA., Bl. **06** 331, IndustRZ. **07** 21. Ein an sich nicht unterscheidungskräftiges Wort kann durch seine Stellung die Unterscheidung fördern.

12. PA., Bl. **06** 332, IndustRZ. **07** 21. Verschiedene Namen derselben mythologischen Person (z. B. Phöbus und Apollo) stimmen überein.

13. **RG.** PBl. **06** 334. Für die Verwechselungsfähigkeit ist das Zeichen nicht bloß so, wie es eingetragen ist, sondern so, wie es im praktischen Verkehr sich darstellt, in Betracht zu ziehen.

14. **RG.** GewRschutz **05** 61. Bei der Prüfung der Frage nach einer Verwechselungsmöglichkeit zweier Ausstattungen ist das entscheidende Gewicht nicht lediglich auf die äußere Erscheinungsform der Ausstattungen zu legen, sondern es sind daneben auch die Umstände zu berücksichtigen, unter welchen sich der Gebrauch der Ausstattungen im Geschäftsverkehr vollzieht.

15. **RG.** GewRschutz **05** 243. Das WZGesetz dient in erster Linie zum Schutze der Hersteller der Ware gegen unredlichen Wettbewerb, enthält allerdings auch einen Schutz des Publikums gegen Täuschung. Eine Rücksichtnahme auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer (insbes. auf die Untersuchungspflicht des Käufers) ist sowohl bei der Frage der Verwechselungsgefahr, wie bei der Frage der Bezeichnung der Ware völlig beiseite zu lassen.

16. GewRschutz **05** 95 (Karlsruhe). Der Schutz erstreckt sich nicht auf das Motiv eines Zeichens, sondern auf dasjenige individuelle Bild, das eingetragen ist.

§ 23. 1. **RG.** Bl. **06** 209—212. Die im Abs. 3 zum Ausdruck gebrachte akzessorische Natur des Ausländerschutzes hat nicht zur Folge, daß dem Ausländer die Eintragung seiner Auslandsmarke in die Rolle nun auch in Deutschland Zeichenschutz nur in dem Maße gewähre, in welchem er ihn in dem Lande seiner Niederlassung besitzt. Vielmehr genießt das Zeichen des Ausländers den ganzen Schutz des Gesetzes. Es kommt nicht darauf an, welchen Schutz der Zeicheninhaber durch die Eintragung hat erlangen wollen, sondern welchen Schutz das Gesetz dem eingetragenen Zeichen gewährt.

2. **RG.** (Strafs.) Bl. **06** 335, JW. **06** 613. Nicht nur der Schutz des Warenzeichens, sondern auch der der Ausstattung eines Ausländers ist von dem Nachweise des Schutzes im Heimatstaat abhängig. Es genügt aber, wenn die Warenbezeichnung, welche im Deutschen Reich als Ausstattung in Betracht kommt, im Heimatstaat als Warenzeichen Schutz genießt.

3. PA., GewRschutz **05** 212. Der Heimatschutz muß nicht nur zur Zeit der Anmeldung, er muß auch zur Zeit der Eintragung in Deutschland bestehen.

Anhang. Ausländische Gesetzgebung: Brasilianisches Handelsmarken-Gesetz v. 29. 9. 04, in Kraft getreten an demselben Tage statt Gesetz v. 14. 1. 87. Vgl. GewRschutz **06** 50—51 und Tolksdorf, Markschutz u. Wettbew. **5** 65.

Großbritanisches Gesetz v. 11. 8. 05 betr. die Regelung und Abänderung des Handelsmarkenrechts (5. Edw. VII Kap. 15). Bl. **06** 12—23, GewRschutz **05** 382—392. „Bestimmungen" hierzu Bl. **06** 285—296.

Rumänisches Gesetz betr. die Fabrik- und Handelsmarken v. 14./26. 4. 79. Bl. **06** 149—154.

Australisches Gesetz betr. Handelsmarken v. 21. 12. 05. Bl. **06** 230 bis 242.

Vereinigte Staaten von Nordamerika: G. v. 4. 5. 06 zum Zwecke der Abänderung der Gesetze betr. die Eintragung von Handelsmarken. Bl. **06** 297—298.

Abgeänderte Handelsmarken-Bestimmungen v. 13. 6. 06. Bl. **06** 316—317.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste.

Vom 9. Januar 1876.

§ 1. **RG.** JW. **05** 505—506 Ziff. 40, GewRschutz **06** 170. Die Urheberschaft an einem Gemälde liegt nicht nur in der Konzeption, es muß noch die technische Ausführung hinzukommen. Doch muß auch das, was nach der Leitung und den Anweisungen des eigentlichen Urhebers an seine Gehilfen geschieht, als sein Werk angesehen werden.

Gesetz, betr. den Schutz der Photographien gegen unbefugte Nachbildung.

Vom 10. Januar 1876.

§ 4. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **69** 571, GewRschutz **06** 136. § 4 setzt eine derartige Vereinigung einer photographischen Nachbildung mit einem Werke der Industrie voraus, daß erstere ihrer Individualität vollständig entkleidet und mit dem Industrierzeugnis organisch derartig verbunden wird, daß sie als dauernder Bestandteil desselben gelten soll; nicht aber genügt eine nur äußerliche vorübergehende Verbindung mit einem anderen Gegenstand, um der Nachbildung den Charakter eines selbständigen Bildes zu nehmen.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

Vom 11. Januar 1876.

§ 1. 1. **RG.** (Zivils.) I 27. 5. 05, **61** 44—50, GewRschutz **06** 102—103. Das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung dessen, was es unter einem Muster oder Modell versteht, auch keine nähere Angabe über die Anforderungen, die an die formale Beschaffenheit zu stellen sind. Geschützt sind Formgestaltungen, Darstellungen, die für den Gesichtssinn in äußere wahrnehmbare Erscheinung treten. Geschmacksmuster sollen eine durch den Gesichtssinn vermittelte ästhetische Empfindung anregen. Ein formloses Muster oder Modell wäre undenkbar. — Für das Flächenmuster gibt das Gesetz keinen Anhalt, den Schutz auf Darstellungen zu beschränken, die in völlig geschlossenen und genau umgrenzten Figuren bestehen. Die Geschlossenheit der Darstellung, als eines in sich fertigen Bildwerkes, hat für das Muster, das sich auch mit dem rein Ornamentalen begnügen kann, nicht die Bedeutung, wie für die zeichnende oder malende Kunst. Und dafür, daß nur Darstellungen von scharf begrenzter Form, welche sich durch festbestimmte, zumal zeichnerisch bestimmte Linien von der Umgebung abheben, als Muster gelten können, ist weder aus dem Wesen des Musters ein rechtfertigender Grund zu entnehmen, noch wäre diese Einschränkung mit der Absicht des Gesetzes vereinbar, im Interesse der Hebung des Kunstgewerbes im weitesten Sinne, der formschöpfenden geistigen Tätigkeit auf dem Gebiete der Industrie Schutz angedeihen zu lassen. Die Formschöpfung kann von verschiedener Art sein, nach den angewendeten Mitteln und nach dem ästhetischen Gehalte. Nicht nur aus zeichnerischen Formelementen lassen sich in der Zusammenfügung neue eigentümliche Gestaltungen hervorbringen, die als geschmackvolle Vorbilder für Industrieerzeugnisse dienen können.

2. **RG.** 12. 6. 03, Bl. **04** 224, **RG.** 27. 5. 05, **61** 44—50, GewRschutz **06** 102. Auch Farbenzusammenstellungen und Farbenwirkungen können Gegenstand des Geschmacksmusterschutzes sein.

3. **RG.** (Straff.) 17. 3. 06, Bl. **06** 283—284. Das gegenseitige Verhältnis des Geschmacks- zum Gebrauchsmusterrecht ist kein solches, daß eine Neuerung nur dem einen der beiden Gebiete angehören kann.

4. Bl. **06** 284 (Cöln). Der Anspruch auf Löschung eines zu Unrecht eingetragenen Geschmacksmusters folgt aus allgemeinen Grundsätzen, insbes. aus § 1 GewO. (AM. bisher das RG.)

§§ 1, 3. **RG.** JW. **06** 276. Beim Geschmacksmuster ist nicht ein Kunstwerk, das ausschließlich auf ästhetische Wirkung abzielt, Gegenstand des Schutzes, sondern ein zur Vervielfältigung bestimmtes gewerbliches Erzeugnis, das einem Gebrauchszweck dienen soll, zugleich aber auch in seiner Gestalt geeignet ist, den Geschmacks- und Formensinn anzuregen.

§ 4. **RG.** 27. 6. 06, JW. **06** 576 Ziff. 54. Die freie Benutzung eines älteren Motives braucht die Neuheit und Eigentümlichkeit einer Formschöpfung nicht zu beeinträchtigen; dadurch wird aber selbstverständlich das ältere Motiv nicht zugunsten des Urhebers der neuen Schöpfung mit Beschlag belegt.

§ 6. **RG.** 18. 6. 04, GewRSchutz **05** 31. Den Erzeugnissen der Schriftgießerei kommt nicht der Schutz für plastische Erzeugnisse, sondern nur für Flächenmuster zu, da bei einer Schrift das ästhetische Gefühl nicht durch Anschauung der Stempel, Matritzen und Typen befriedigt wird, sondern nur durch den Druck selbst. Dabei ist unerheblich, daß zur Herstellung des gewerblichen Erzeugnisses ein Zusammenwirken verschiedener selbständig wirkender Gewerbe erforderlich ist. Entscheidend ist, ob das bezweckte und erzielte Resultat dem Formensinn durch die Wirkung der Fläche oder als plastisches Erzeugnis entspricht. Ebenso: Landgraf, Journal f. Buchdruckerkunst **18** 4—6, Klostermann, Endemanns Hdb. II 302, Kohler, BuschsZ. **48** 159, Schanze, GewRSchutz **1** 285, **RG.** 17. 3. 81, **4** 108. AM. **RG.** 8. 6. 83, **14** 46—76. Den Erzeugnissen der Schriftgießerei kommt sowohl der Schutz für Flächenmuster als der Schutz für plastische Erzeugnisse elektiv zu. Es liegt in der Wahl des Anmelders, welchen Schutz er erlangen will (Allfeld, Komm. z. d. RGes. über das gew. Urh. 331 ff.).

§§ 8, 12. KG., Bl. **06** 9—10. Der Urheber eines eingetragenen Geschmacksmusters hat Anspruch auf teilweise Rückzahlung der für die Eintragung und Hinterlegung erhobenen Gebühr, falls er nachträglich auf einen Teil der Schutzfrist verzichtet.

Anhang. Ausländische Gesetzgebung. Dänisches Musterschutzgesetz v. 1. 4. 05. Bl. **06** 142—145, GewRSchutz **05** 94, 234—235.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

Vom 19. Juni 1901.

§ 1. 1. GewRSchutz **06** 135 (Hamburg). Die Anordnung von Eintragungen in kaufmännische Geschäftsbücher genießt nicht den Schutz des Urheberrechts, auch nicht die Art der Anordnung der Kolumnenüberschriften, in Verbindung mit Vordruck und Linien 2c., da dies nicht dem Ausdruck von Gedanken, sondern lediglich der Erleichterung der richtigen Aneinanderreihung der Zahlen und der Übersicht der geschehenen Eintragung dient.

2. Landsberg, GewRSchutz **06** 185 u. Zit. (gegen Schäfer das. **03** 1). Der Zeitungstitel hat keinen Urheberschutz, weil er lediglich Bezeichnung und keine künstlerische Gedankendarstellung ist.

3. Urheberrecht an Katalogen. **a)** **RG.** (Straff.) JW. **06** 798 Ziff. 77. Zum Begriff des Schriftstücks gehört die Verlagsfähigkeit, d. h. daß es durch die Schrift mitgeteilt werden kann; nicht: daß es die Bestimmung haben muß, in den literarischen Verkehr einzutreten. Verlagsfähig können auch Waren- u. Preisverzeichnisse sein, sofern sie ein selbständiges individuelles Erzeugnis darstellen. **b)** SeuffA. **60** 15, GewRschutz **06** 171 (Cassel). In der Nachbildung einer gesetzlich nicht geschützten Zeichnung zur Empfehlung gewerblicher Erzeugnisse liegt kein Verstoß gegen § 826 BGB. **c)** **RG.** (Straff.) Bl. **06** 320, **RG.** (Straff.) Bl. **06** 321. Abbildungen von Maschinen in Katalogen genießen Urheberschutz, sofern sie geeignet sind, der Belehrung zu dienen, gleichviel, ob damit der Zweck der Anpreisung der abgebildeten Waren verbunden ist.

4. **a)** **RG.** JW. **06** 614 Ziff. 50. Das UrhG. bezweckt den Schutz der Rechte, die dem Urheber zustehen; sie sind im Gesetz genau umschrieben und andererseits sind dort die Fälle bestimmt, in denen ein solches Erzeugnis von einem anderen ohne solche abgeleitete Berechtigung für seine Zwecke verwendet werden darf. Daraus kann aber nicht entnommen werden, daß nur dann eine Verletzung der Rechte des Urhebers vorliegt, wenn aus der Verwendung des fremden Werkes ein Nutzen gezogen, es ausgenützt werden soll; auch der Zweck der Kritik ist als solcher im Gesetze nirgends als entscheidendes Merkmal für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Verwendung eines fremden Geisteswerks anerkannt. **b)** **RG.** (Straff.) **37** 369, GewRschutz **06** 136. Der Beweggrund, aus welchem die unbefugte Vervielfältigung erfolgt, ist unerheblich: Der Autor ist nicht nur gegen gewinnsüchtige Ausbeutung, sondern gegen jede widerrechtliche Benutzung seiner geistigen Schöpfungen geschützt. Dies folgt auch aus § 15 Abs. 3. **c)** **RG.** (Straff.) R. **05** 286 Ziff. 1406, GewRschutz **06** 211. Der Zweck des Schutzes des Urheberrechts besteht nicht ausschließlich darin, dem U. die wirtschaftliche Ausnutzung seines Werkes zu sichern, sondern auch darin, eine Veröffentlichung zu verhindern, die seinem Willen nicht entspricht. Das Recht des Urhebers ist schon verletzt, wenn sein Werk gegen seinen Willen veröffentlicht wird, mag auch hieraus für ihn irgendein Vermögensnachteil nicht erwachsen, ja selbst sogar dann, wenn diese, seiner Absicht widerstreitende, Veröffentlichung ihm zu materiellem Vorteile gereichen würde. Deshalb kann die Vervielfältigung eines Kataloges auch dann bestraft werden, wenn der Verf. wegen Aufgabe seines Geschäfts keinen Vorteil mehr von demselben haben konnte.

§ 6. SächsA. **15** 121, GewRschutz **06** 169—170 (Dresden). Ob die Voraussetzungen des § 6 vorliegen, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beantworten; auch der Zweck des Schriftwerks und der Abbildung und die Art und Weise seiner Erfüllung wird von Bedeutung. — Daher ist das Vorliegen des § 6 allgemein bei einem Kunstkatalog angenommen.

§ 8. Hacker, Der Nießbrauch von Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, HoldheimsMSchr. **06** 213—224. Das U. ist das Recht, mit dem geschaffenen Werke nach Belieben zu verfahren und andere vor jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen (vgl. § 903 BGB.). Der Nießbrauch an einem Urheberrecht ist (im Gegensatze zu älteren Auffassungen, die nur ein Nießbrauch an den Einkünften aus dem U. gelten lassen wollen) ein Recht an dem Autorgut, eine Belastung desselben, dieses ist sein Objekt, wie die Sache das des Sachnießbrauchs. Dem Nießbraucher stehen alle aus dem Werke gewonnenen Erträge an Geld oder „Naturalien" (Freiexemplare, Freibillets ꝛc.) als Früchte des Autorgutes zu. Er ist ferner allzeit berechtigt, diese Früchte selbst zu „ziehen", d. h. über die Verwertung des Werkes zu bestimmen. Demgemäß hat er Lizenz- und sonstige Verträge abzuschließen, durch welche Dritten die Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse gestattet wird. Dies

gilt jedoch nur für Verträge obligatorischer Natur, d. h. solche, durch welche keine urheberrechtlichen Befugnisse übertragen werden, sondern nur der Berechtigte sich verpflichtet, in den gegebenen Fällen von dem ihm zustehenden Verbietungsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen. Verträge jedoch, durch welche ein ausschließliches, ein absolutes Recht begründet wird, wie insbesondere das Verlagsrecht, sind als (immateriell) dingliche Belastungen des Autorgutes zu konstruieren (vgl. zu § 9). Ihre Begründung ist daher eine „Verfügung" im technischen Sinne über das Autorgut, zu einer solchen ist aber der Nießbraucher nicht berechtigt. (Vgl. o. §§ 1068 ff. BGB.)

§§ 9, 38, 42. Schäfer, Änderungen am Manuskript, vorgenommen durch den Verleger, Drucker oder Redakteur, GewRschutz **06** 354—355. Die Regel bildet bei Buchmanuskripten, wie bei Zeitungs- und Zeitschriftsbeiträgen, daß die Fassung des Autors zu respektieren ist, daß Kürzungen und Veränderungen unstatthaft sind. — Hiervon macht nur eine Ausnahme der Fall, daß dem Manuskript eines Zeitungs-, Zeitschrift-, Kalender-Beitrags oder dem Manuskripte für ein anderes periodisches Sammelwerk der wahre Name des Verf. am Anfang oder am Schlusse nicht beigesetzt ist. In diesem Falle, dem Falle der sog. namenlosen oder pseudonymen Zeitungszeitschrift- usw. Beiträge, hat der Verleger, Drucker oder Redakteur das bei ähnlichen Sammelwerkunternehmen bestehende Abänderungs- und Kürzungsrecht ohne Befragung des Verf. in dem üblichen Umfange. Ist die Arbeit aber ein Buchmanuskript, so besteht auch, wenn der Verf. seinen wahren Namen oder seinen Namen gar nicht angibt, kein solches Abänderungs- und Kürzungsrecht an der Fassung der Arbeit. Ein allgemeines, auf Fassung und Inhalt sich erstreckendes Abänderungsrecht hat mithin weder der Verleger, noch der Redakteur, noch der Drucker einer fremden Geistesarbeit. — Hierin äußert sich das Persönlichkeitsrecht des Verf. Zulässig ist jedoch, daß der Verleger, Drucker oder Redakteur sich ein Abänderungsrecht am Werke vorbehält. — Als Abänderungen am Inhalte gelten auch Änderungen am Titel, am Verfassernamen, Manuskriptstextstreichungen, die den Inhalt kürzen ꝛc. Gestattet sind jedoch Änderungen der Orthographie.

§ 11. 1. **a)** **RG. 63** 397—401, JW. **06** 798 Ziff. 77. Das Urheberrecht gewährt über die erste rechtmäßige Verbreitung hinaus keinen Schutz. Urheberrechtliche Befugnisse sind gegen eine weitere Verbreitung nur insoweit denkbar, als sie Voraussetzung für die Weiterverbreitung bilden, nicht aber insoweit, als sie die Herstellung der Weiterverbreitung beeinflussen sollen. Vgl. zu diesen Fragen: KorrBl. d. Akad. Schutzvereins **06** 8—9, Markschutz u. Wettbew. **6** 14. **b)** Dagegen Mittelstädt, DJZ. **06** 1128 ff. Die vom RG. statuierte Beschränkung in dem Inhalt des Urheberschutzes erscheint nach Entstehungsgeschichte und Fassung des § 11 nicht gerechtfertigt. Es würde damit das territoriale Verlagsrecht, das gerade zu der Fassung des § 11 Veranlassung gab, illusorisch werden und der notwendige Schutz der idealen Interessen des Urhebers, den das Gesetz nach der Begründung ganz besonders mit im Auge hat, entfallen. Eingriffe in das territoriale Verlagsrecht werden in der Regel mit solchen Exemplaren begangen, die schon in Verkehr gesetzt sind. Ebenso wichtig ist ein Schutz gegen die Gestaltung der weiteren gewerbsmäßigen Verbreitung für die idealen Interessen des Autors. Denn für das Ansehen des Werkes ist nicht die erste Ausgabe der Exemplare seitens des Verlegers, sondern der Weitervertrieb seitens der Sortimenter maßgebend. Daher muß der Autor die Möglichkeit haben, auch über die Gestaltung der weiteren gewerbsmäßigen Verbreitung solche Vorschriften zu machen, die zum Schutze seiner idealen Interessen nötig sind. Den Entscheidungen des RG. lag der Fall der Preisschleuderei zugrunde. Der vielleicht berechtigte Gedanke, daß durch ein Verbot der Preis-

schleuderei der freie Gewerbebetrieb nicht gehemmt werden darf, kann nicht dazu führen, dem Inhalte des Urheberrechts eine Auslegung zu geben, die den Autor in seinen idealen Interessen schutzlos macht, wenigstens so lange nicht, als wir noch keinen geeigneten Individualschutz besitzen, und die idealen Interessen des Autors nur durch das geltende Urhebergesetz geschützt sind.

2. Wertheimer, Lieferung durch geheime Zeichen markierter Ware, HoldheimsSchr. **06** 212—214. Die Lieferung durch geheime Zeichen markierter Waren (insbesondere zum Nachweise des „Schleuderns" durch den Käufer) ist unzulässig. Sollte sich selbst ein derartiger Gebrauch nachweisen lassen, wäre er als eine rechtlich nicht anzuerkennende Unsitte zu brandmarken.

§ 12. **RG.** **63** 158 f. Begrifflich ist der Gegensatz zur freien Benutzung eine Nachbildung, die sich nur durch unerhebliche Nachbildungen oder Zusätze von ihrem Vorbilde unterscheidet, die, in der Hauptsache die Identität des Werkes unberührt lassend, nur als eine Reproduktion des Originals bezeichnet werden kann.

§ 18. Literatur: Landsberg, Die Grenzen der Abdrucksfreiheit im Zeitungswesen, GewRSchutz **06** 150—156, 173—191.

RG. (I. Straff.) GoltdA. **53** 281, JW. **06** 614. Der erkennende Senat hat in dem Urteil v. 23. 2. 05 die Ausführung gebilligt, daß einem Artikel die Eigenschaft einer wissenschaftlichen Ausarbeitung dann beizulegen ist, wenn der Gegenstand sich zur wissenschaftlichen Bearbeitung eignet, und der Verf. eine solche dadurch unternommen hat, daß er den Stoff nach systematischer, nach durchzuprüfenden Hauptgedanken geordneter Darstellung wesentlich zum Zwecke der Belehrung in eigenartiger und selbständiger Weise bearbeitet hat, gleichviel ob die Arbeit gut oder schlecht ist, ob die Wissenschaft von ihr Gewinn zieht. Es ist daher unerheblich, ob die Arbeit eigene Gedanken enthält; die wissenschaftliche Ausarbeitung kann in der Art der Darstellung, in der Formgebung gefunden werden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Abfassung von Auszügen aus Entscheidungen dem genügt; dies besonders dann, wenn eine bewußte Sichtung des Begründungsmaterials durch Hervorhebung einzelner Gründe, durch Gruppierung der einzelnen Gründe im allgemeinen für geeignet angesehen werden darf, den richtigen Sinn und die Tragweite des Urteils dem Verständnisse, namentlich des Laienpublikums leichter faßlich zu machen.

§§ 18, 44. **RG.** JW. **06** 614. Nach dem Zusammenhang der Worte: „aus Zeitungen" im Satz 1 mit dem Worte „Quelle" im Satz 2 des Abs. 1 des § 18 UrhG. kann unter Quelle nur die Zeitung, aus welcher abgedruckt wird, nicht der Verf. verstanden werden. §§ 18, 44 treffen mithin auch bei solchen Zeitungsartikeln zu, deren Verf. nicht genannt oder anderweitig gekennzeichnet ist.

§ 41. **RG.** JW. **06** 798 Ziff. 98. Ein „partieller Nachdruck" ist nur dann anzunehmen, wenn ein irgendwie erheblicher Teil des fremden Schriftstücks unbefugt vervielfältigt wird, die Erheblichkeit des vervielfältigten Teils ist nach dem quantitativen und qualitativen Verhältnisse desselben zu dem ganzen Schriftwerke zu bemessen. Voraussetzung der Widerrechtlichkeit ist, daß auch die vervielfältigte Stelle sich als Ergebnis des geistigen Schaffens des Urhebers darstellt. Daß in diesem Teile die Eigenart des Werkes sich offenbaren müsse, ist eine Anforderung, die im Gesetze keine Stütze findet. Noch weniger kann davon die Rede sein, daß die Individualität des Urhebers sich in dem Teile offenbaren müsse. Allgemein ist aber darauf hinzuweisen, daß diejenigen Bestimmungen des Gesetzes, nach denen die Vervielfältigung zulässig sein soll, wenn einzelne Stellen oder kleinere Teile eines Schriftwerks angeführt werden, wenn einzelne Gedichte in eine selbständige wissenschaftliche Arbeit bzw. in eine Samm-

lung aufgenommen, wenn kleinere Teile einer Dichtung oder Gedichte von geringem Umfang als Text zu einem neuen Werke der Tonkunst wiedergegeben werden (§§ 19 Ziff. 1—4, 20), zur ausdrücklich hervorgehobenen Voraussetzung haben, daß die Vervielfältigung nach der Veröffentlichung erfolgt.

§ 55. HansGZ. **06** Beibl. 162 (Hamburg). „Erscheinen" ist die Herausgabe des Werkes, also das öffentliche Angebot von Vervielfältigungen im Verlagshandel.

Gesetz über das Verlagsrecht.

Vom 19. Juni 1901.

§ 1. 1. **RG. 60** 177, JW. **05** 228—229; GewRschutz **06** 104. Die Frage der Perfektion des Verlagsvertrags ist grundsätzlich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zur Zeit des Vertragsschlusses zu beurteilen. Die Bestimmungen des Verlagsrechts kommen nur insoweit in Betracht, als aus ihnen die wesentlichen Bestandteile des Verlagsvertrags zu entnehmen sind, über welche eine Einigung der Kontrahenten erforderlich ist. Die Verabredung eines Honorars ist nicht notwendiger Bestandteil des Verlagsvertrags. Ist anzunehmen, daß es gewollt ist, ist es aber nicht bestimmt, so gilt ein angemessenes Honorar in Geld als vereinbart und gewollt, eventl. gemäß §§ 315, 316 BGB. nach billigem Ermessen.

2. GewRschutz **06** 104 (Frankfurt). Der Verf. haftet dem Verleger dafür, daß er über das Urheberrecht zu verfügen berechtigt ist, analog der Haftung des Verkäufers.

3. Über den Umfang der Haftung wegen der Mängel an „Originalität" des Werkes vgl. GewRschutz **06** 104 Anm. 1.

4. *Hacker, Der Nießbrauch ꝛc., HoldheimsMSchr. **06** 219. Der Verlagsvertrag ist ein obligatorischer Vertrag. Streng von ihm zu unterscheiden ist die Begründung des Verlagsrechts als (immaterielle) dingliche Einigung.

§ 9. *Hacker aaO. 104, 220. Das Verlagsrecht ist eine immaterielle dingliche Belastung des Autorgutes. Nach dem korrekten Sprachgebrauche des BGB. (§ 929) wäre daher § 9 VerlG. zu formulieren gewesen: „Zur Begründung des Verlagsrechts am Werke ist erforderlich, daß der Urheber das Werk an den Verleger abliefert und beide darüber einig sind, daß das Verlagsrecht begründet werden soll". Das Verlagsrecht entsteht durch Einigung und Übergabe.

§ 26. **RG.** BayRpflZ. **06** 42. Das richtige Verständnis des § 26 ist nur zu gewinnen, wenn man ihn in Zusammenhang mit der grundlegenden Bestimmung des § 1 betrachtet. Es ist unzweifelhaft, daß die gewerbsmäßige Verwertung des Werkes kraft Verlagsvertrags dem Verleger für eigene Rechnung ausschließlich zusteht, und dem Verf. keine Befugnis zusteht, sich in die wirtschaftliche Verwertung des Werkes einzumischen. Wenn nun bei dieser grundsätzlichen Ordnung des Verhältnisses der § 26 dem Verleger die Verpflichtung auferlegt, Abzüge zum niedrigsten Preise zu überlassen, so mag dahingestellt bleiben, inwieweit hierdurch dem Verleger das Recht der ausschließlichen Verbreitung wieder entzogen wird. Jedenfalls stellt § 26 eine Einschränkung des freien Vertriebsrechts des Verlegers dar. Der Verf. kann daher die Abgabe der Exemplare auch zur Weitergabe an seine Zuhörer verlangen. Eine gewerbsmäßige Verbreitung liegt hierin nicht. — Einem Mißbrauch wird schon dadurch vorgebeugt, daß § 26 dispositives Recht ist.

Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vorbemerkung: Über das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen (abgekürzt: PrVUG. oder PrVG.) wird zum ersten Male berichtet. Der Berichtszeitraum umfaßt im wesentlichen die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes (1. Januar 1902) bis Anfang des Jahres 1907.

Das Gesetz betrifft seinem Endzwecke nach hauptsächlich die Regelung des öffentlich-rechtlichen, formellen Versicherungsrechts. Eine Regelung des privatrechtlichen materiellen Versicherungsrechts steht in Bälde zu erwarten. Mit Rücksicht hierauf wurde für diesen Jahrgang von einem Berichte über das materielle Versicherungsrecht abgesehen.

Doch enthält das PrVUG. auch in erheblichem Maße Vorschriften privatrechtlicher Natur (so besonders die Regelung der Rechtsverhältnisse des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit) und eine Reihe von Berührungspunkten mit dem privaten Versicherungsrecht und anderen Privatrechtsgebieten. Gerade dieses Ineinandergreifen von Privat- und öffentlichem Rechte hat eine Reihe von Streitfragen erzeugt.

Bei der Berichterstattung sind die Vorschriften des Gesetzes, die Privatrecht sind oder das Privatrecht berühren, besonders berücksichtigt, doch war es unumgänglich und geboten, auch die übrigen Vorschriften zu bearbeiten, ausgenommen die Strafvorschriften (§§ 105—113). Bei der Menge des Berichtsstoffes war eine Sichtung nötig. Eingehende Berücksichtigung haben die trefflichen Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung gefunden, die Versicherungszeitschriften nichtwissenschaftlichen Charakters nur mit Auswahl. Auf die größeren Monographien von Wörner, VersVerein (s. u.) und Moldenhauer, Aufsicht (s. u.) und die ausführliche, vorzügliche Kommentierung des PrVUG. durch Rehm ([2] s. u.) sei besonders hingewiesen.

Von den Punkten, die der Streit der Meinungen im Berichtszeitraum betraf, seien hauptsächlich folgende, besonders auch den Zivilisten berührende, hervorgehoben:

Privatrechtliche Bedeutung des PrVUG. (vgl. zu § 1 ff.), der Begriff der Versicherung und der Versicherungsunternehmung, die Ausschließbarkeit des sog. Rechtsanspruchs, die Natur der Zeitungsabonnementsversicherung, die zivilrechtliche Bedeutung der staatlichen Aufsichtspflicht (vgl. zu § 1), die Wirksamkeit von Versicherungsverträgen nichtgenehmigter Versicherungsunternehmungen (vgl. zu § 4), die eingetragene Genossenschaft als Versicherungsunternehmung (zu § 6), die Wirksamkeit des Ausschlusses von Krankenkassenansprüchen bei Epidemien (vgl. zu § 7), die Rechtsnatur von Policenrückkauf und -Beleihung (vgl. zu § 9), die privatrechtliche Wirksamkeit der den §§ 9³ u. 20 zuwiderlaufenden Verträge (vgl. zu § 10), das Recht zur Zillmerei (zu § 11), die Voraussetzungen und Wirkungen von Bestandsveränderungen, Abtretungen des Portefeuilles, Fusionen, insbesondere auch die Frage des Rücktrittsrechts der Versicherten (zu § 14), der Begriff des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit — insbesondere des kleinen Vereins (zu § 53) —, die rechtliche Bedeutung der Nichtkenntnis der Eigenschaft einer Versicherungsgesellschaft als Gegenseitigkeitsvereine (zu § 15), die Kaufmannseigenschaft der Versicherungsvereine, die Zuständigkeit der HK. (zu § 16), die Folgen des Fehlens der durch § 17 vorgeschriebenen Satzungsform (zu § 17), die Firma des Versicherungsvereins (zu § 18), das Verhältnis von Mitgliedschaft und Versicherung (zu § 20), die rechtliche Natur des Gründungsfonds und des Gründungsfondsvertrags (zu § 22), der Begriff der „weiteren Vorprämie" (zu § 24), das Verhältnis von Aufsichtsbehörden und Registergerichten (Handels-, Vereins-, Genossenschaftsregister), das Prüfungsrecht des Registerrichters, Einspruchs- und Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde (zu § 30), die Natur des Reservefonds (zu § 37), die Mitgliedersonderrechte, die Abänderbarkeit der Satzung, Rückwirkung neuer Satzungsbestimmungen, z. B. Selbstmordklausel (zu § 41), die Wirkung der Konkurseröffnung auf große und kleine Versicherungsvereine (zu § 49), die Zulässigkeit des Zwangsvergleichs, der Eröffnungsablehnung und die Einstellung mangels Masse (zu §§ 52, 68), die Genehmigung zum Grunderwerbe der Unternehmungen und ihre privat-

rechtliche Bedeutung, die Notwendigkeit etwaiger besonderer landesrechtlicher Erlaubnis (zu § 54), die Prämienreserve und die Rechte der Versicherten an ihr (zu § 61), die rechtliche Wirkung der Sanierungsmaßregeln (zu § 69), die Rechtsstellung der Reichs- und Landeshauptbevollmächtigten und der Gerichtsstand ihrer Niederlassung (zu §§ 86, 115), die Natur des zugunsten des Aufsichtsamts eingetragenen Vermerks, daß über eine für ausländische Unternehmungen eingetragene Hypothek oder Grundschuld nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts verfügt werden kann (zu § 90), die Präventivkontrolle und die Wirksamkeit früherer diesbezüglicher Rechtsbestimmungen (zu § 121); betreffs „Mutual" u. „Equitable" s. zu § 13, über den Fall des „Prometheus" vgl. zu § 104.

Literatur: Kommentare zum PrVUG. (zitiert nur mit dem Namen der Verfasser): Alexander-Katz (Berlin 1901), Deybeck (Leipzig 1902), v. Knebel-Döberitz (s. u. Bd. I), Könige (Berlin 1901), Manes (Leipzig 1901), Müller u Prager (Nürnberg 1901), Naundorff (Leipzig 1902), Rehm (München 1. Aufl. 1901, 2. Aufl. 1907), Zehnter (Berlin 1902), ferner Neumann, Randow (i. Elsners Assek.Almanach 1902), Weyl (s. u.). — August, Die Gleichheit der Kontrahenten und die Gegenseitigkeitsgesellschaften, HirthsAnn. **02** 672 ff., 770 ff. — Alexander-Katz, Veröff. d. deutsch. Ver. f. VersWiss. **04** 59. — Ders., Die Genehmigung zum Grundstückserwerb von Versicherungsgesellschaften, ZVersWiss. **03** 477 ff. — Ders., Die Rechtsverhältnisse der ausländischen Versicherungsunternehmungen im Deutschen Reiche, AssekZ. **04** 96 ff. — Behrend, Der Entwurf eines Reichsges. über den Vers.-Vertrag, GoldschmidtsZ. **55** 1 ff. — Bein, Das Gründungskapital einer LebensversAnstalt, AssekZ. **07** 90 ff. — Boyens, Welche Stellung ist in dem zu erwartenden VersG. den Versicherungsgesellschaften a. Gegens. einzuräumen? DJZ. **98** 369. — Bruschettini, Die rechtliche Natur der Unfallversicherung, AssekZ. **07** 70 ff. — Cosmao-Dumanow, Das französische Gesetz über die Beaufsichtigung der LebensversAnstalten, ZVersWiss. **05** 609 ff. — Ehrenberg, Welche Stellung ist in dem zu erwartenden VersG. den Versicherungsgesellschaften a. Gegens. einzuräumen? 24. DJT. I, 63 ff., 25. DJT. III, 40. — Ders., Die Abtretung des Portefeuilles, ZVersWiss **04** 24 ff. — Ders., Zum Entwurfe eines PrVUG., DJZ. **99** 120 ff. — Elbertzhagen, Wirkliche und vermeintliche Lücken im PrVUG., ZVersWiss. **02** 113. — Ders., Die Strafvorschriften des PrVUG., DJZ. **02** 46. — Emminghaus, Das oberste Organ des V. a. G., ZVersWiss. **03** 211 ff. — Ders., Die staatliche Beaufsichtigung der Vermögensanlagen von Versicherungsunternehmungen, AssekZ. **06** 3 ff. — Fuld, Welche Stellung ist in dem zu erwartenden VersG. den Versicherungsgesellschaften a. Gegens. einzuräumen? 25. DJT. III, 33. — Ders., Der Begriff Privatversicherungsunternehmung, ZVersWiss. **02** 378 ff. — Ders., Der Gründungsfonds bei V. a. G. nach deutschem VersPrivatrecht, AssekZ. **05** 111 ff. — Ders., Öffentliches und privates Versicherungsrecht, ZVersWiss. **01** 142 ff. — Gierke, Das Reservatrecht Bayerns hinsichtlich der Immobiliarversicherung, ZVersWiss. **04** 341 ff. — Gobbi, Das italien. Gesetz über die Aufteilungs- (Tontinen-) Unternehmungen, AssekZ. **03** 81 ff. — Hagen, Die öffentlichrechtliche Stellung des Privatversicherungswesens in Deutschland. 1900. — Ders., Haben die V. a. G. Kaufmannseigenschaft? KGBl. **02** 57. — Ders., Die Stellung des § 52 im PrVUG., DJZ. **03** 425. — Ders., Prometheus, DJZ. **02** 256 ff. — v. Knebel-Döberitz, Das private Versicherungswesen in Preußen. I.: Die Aufsicht des Reichs u. der deutschen Bundesstaaten über die privaten Versicherungsunternehmungen. II.: Das Sterbekassenwesen in Preußen. III.: Das Feuerversicherungswesen in Preußen. — Könige, Der österreichische Gesetzentwurf über die Versicherungsaufsicht, ZVersWiss. **05** 564 ff. — Ders., Die Zillmerei, R. **02** 198 ff. — Krüger, Die Gewinnverteilung in der Lebensversicherung. Frankfurt a. M. 1904. — Lessing, Das PrVUG., SächsA. **12** 1 ff. — Linde, Zur Ermittelung des Verkaufswerts eines Grundstücks, ZVersWes. **04** 101. — Logophilus, Der Streit um die Zillmerei. — Manes, Versicherungswesen. 1905. — Ders., Grundzüge des Versicherungswesens. 1906. — Ders., Die Kodifikation des Privatversicherungsrechts Österreichs und Frankreichs, DJZ. **05** 930 ff. — Ders., Das besondere Konkursrecht der privaten Versicherungsunternehmungen, GoldschmidtsZ. **52** 105 ff. — v. Merck, Geltung von Landesrecht neben der reichsgesetzlichen Aufhebung der Präventivkontrolle bei Feuervers., ZVersWiss. **03** 371 ff. — Moldenhauer, VersWesen. 1905. — Ders., Aufsicht über das private VerWesen. 1903. (Zit.: Moldenhauer, Aufsicht.) — Ders., Die rechtl. Natur des Rückkaufs und der Beleihung der Police bei der Lebensvers. auf den Todesfall, AssekZ. **03** 44 ff. — Ders., Die Zulassung ausländischer Versicherungsunternehmungen zum Geschäftsbetriebe in Deutschland, AssekZ. **04** 43 ff. — Müller, Das Gegenseitigkeitsprinzip im Versicherungsrechte, insbesondere in der Lebensversicherung. 1905. — Radtke, Zillmerei, ZVersWes. **04** 42 ff. — Rehm, Ein handelsrechtlicher Beweis gegen die Zillmerei, AssekZ. **04** 16 ff. — Ders., Die buchtechnische Natur des angelegten Reservefonds, insbesondere bei der Lebensversicherung, ZVersWiss.

03 378 ff. — Rolfs, Begriff des sogen. kleineren Versicherungsvereins. Diss. Göttingen 1902. — Rüdiger, Aphorismen über den deutschen Versicherungsgesetzentwurf, ZVersWiss. **01** 164 ff. — Samver, Versicherungsgesellschaften a. G. vor dem Forum des DJT., ZVersWiss. **01** 91 u. 25. DJT. III, 24. — Ders., Einige Bemerkungen über die künftigen allg. Versicherungsbedingungen usw., AssekJ. **07** 1 ff. — Schneider, Verhältnis des PrVUG. zum Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. **04** 179 ff. — Schloß, Die Rechte der Versicherten an der Prämienreserve. Diss, Erlangen 1904. Berlin 1905. — Sievers, Die V. a. G. im Entwurf eines PrVUG., GoldschmidtsZ. **48** 521 ff. — Ders., Die V. a. G, im PrVUG., GoldschmidtsZ. **51** 329 ff. — Thaler, Der Konkurs des V. a. G., HirthsAnn. **02** 805 ff. — Toop, Rechtliche Bedeutung der Hingabe der Versicherungsbedingungen vor Abschluß des Versicherungsvertrags., Berlin 1905. — Weyl, Das deutsche Reichsgesetz über die PrVU., AssekJ. **23** 29 ff. — Ders., Welche Stellung ist in dem zu erwartenden VersG. den Versicherungsgesellschaften a. G. einzuräumen? 25. DJT. I, 3 und ABürgR. **15** 293. — Wiesner, ABürgR. **28** 312. — Wörner, Der V. a. G. Leipzig 1904. (Zitiert: Wörner, VV.) — Ders., Das Mobiliar- und Feuerversicherungswesen im Kgr. Sachsen. Leipzig 1903. — Zaluid, Die zivilrechtliche Bedeutung von Abweichungen von den allg. Versicherungsbedingungen, MasiusRundschau **15** 103 ff. — Zehnter, Die privatrechtliche Bedeutung des PrVUG., ABürgR. **20** 1 ff. — Ders., Das PrVUG., DJZ. **01** 225 ff.

Abkürzungen.

APrV. = K. Aufsichtsamt für Privatversicherung.
VAPrV. = Veröffentlichungen des K. Aufsichtsamts für Privatversicherung u., wenn ohne weiteren Zusatz, = APrV. in den VAPrV.; die in Klammern beigesetzte Bezeichnung (Anh.) weist darauf hin, daß die betreffende Entscheidung in dem Anhange der VAPrV. sich befindet („Entscheidungen der ordentlichen Gerichte und der höchsten Verwaltungsgerichtshöfe").
PrVUG. oder PrVG. = Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. 5. 01.
V. a. G. = Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

Zeitschriften.

Deutsche VersZ., herausgg. v. Wörner.
Masius'Rundschau = Masius' Rundschau, herausgg. von Bähr.
TarnkesAnn. = Annalen des gesamten Versicherungswesens, herausgg. v. Tarnke.
Vereinsblatt f. d D. VersWes.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.

I. Einleitende Vorschriften.

Zu §§ 1 ff. 1. Über den Rechtszustand vor Inkrafttreten des PrVUG. vgl. Moldenhauer, Auff. 8 ff.

2. Über Entstehung des PrVUG. und Literaturnachweise zu den Entwürfen vgl. Moldenhauer, Auff. 13 ff.

3. Privatrechtliche Bedeutung des PrVUG. **a)** Zehnter, ABürgR. **20** 1 ff. Keine privatrechtliche Bedeutung kommt zu den §§ 4, 13, 85, 93—96, 6 Abs. 1, 101—103, 6 Abs. 2 u. 3, 92, 9 Abs. 3, 10, 87. Verfehlungen gegen diese Vorschriften bewirken nicht die Nichtigkeit der betreffenden Versicherungsverträge (2 ff.). Privatrechtliche Bedeutung besitzen §§ 54, 59 Abs. 1 Ziff. 4 (in diesen Fällen ist die betreffende Handlung unwirksam bis zur Genehmigung), ferner ist das gleiche von § 55 Abs. 3 (privatrechtlicher Anspruch auf ein Exemplar vom Rechnungsabschluß und Jahresbericht) zu sagen (4), sowie von §§ 15 bis 53 (6 ff.). Nichtig (§ 134 BGB.) sind Rechtsgeschäfte, die gegen § 67 Abs. 1, unwirksam solche, die gegen § 69 Abs. 1 verstoßen (4). Privatrechtliche Folgen für die Versicherungsverträge hat § 69 Abs. 2 (5). Wichtig sind für das Privatrecht §§ 86 Abs. 2 Ziff. 3, 115 Abs. 2, 61. Verstoß gegen § 17 begründet keine Nichtigkeit der Satzung oder des Vereins (11). **b)** Schneider, Das Verhältnis des PrVUG. z. Gesetzentwurf über den Versicherungsvertrag (ZVersWiss. **04** 179 ff.) 183/184. Das PrVUG. betrifft nicht jedes einzelne Versicherungs-

geschäft, sondern nur den Betrieb von solchen. Mittelbar kann aber die Aufsichtsbehörde nach §§ 64, 67 auch auf die Rechte der Versicherten einwirken. Die nach § 9 Abs. 3 unstatthaften Abweichungen von den allgemeinen Bedingungen sind zivilrechtlich wirksam, können aber ein Einschreiten nach §§ 64, 67 herbeiführen.

§ 1. I. Versicherung. Versicherungsgeschäft. 1. Vgl. Rehm (2) 9 ff. *Toop, Rechtl. Bedeutung 6 ff. bemerkt: (6) Der Versicherungsvertrag ist ein selbständiger, meist im Großbetrieb abgeschlossener zweiseitiger unbedingter Konsensualvertrag, bei welchem der Versicherer zu einer bedingten oder betagten Vermögensleistung gegen Entgelt verpflichtet ist. (8) Möglicherweise fehlt die Gegenleistung: so wenn eine Versicherungsgesellschaft ihre Beamten versichert. — Der Versicherungsvertrag kommt wie andere Verträge gemäß §§ 145 ff. BGB. zustande mit Willenseinigung, falls nichts anderes vereinbart ist, z. B. daß dies erst mit der Aushändigung der Police oder mit der Zahlung der ersten Prämie erfolgen soll. (12) Bei Gegenseitigkeitsvereinen entsteht Mitglied- und Versicherungsverhältnis durch einen Akt; letzteres steht nicht selbständig neben jenem.

2. Moldenhauer, Aufsicht 1 ff. Versicherungsgeschäft ist der Inbegriff aller zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßten Tätigkeiten, die auf Gefahrenübernahme mit der Absicht der Verteilung der Gefahren auf eine Gefahrengemeinschaft gerichtet sind. Der Begriff ist wirtschaftlicher, nicht rechtlicher Natur. Zu scheiden ist das Einzelversicherungsgeschäft, das zumeist im Versicherungsvertrage gipfelt, und die Summe der Einzelversicherungsgeschäfte, d. i. die Gesamtheit der Tätigkeiten des Versicherers zum Abschlusse und zur Ausführung der Versicherungsverträge.

3. Moldenhauer, Aufsicht 1. Für das Bestehen eines Versicherungsverhältnisses ist es an sich nicht wesentlich, ob ein Rechtsanspruch besteht und ob ein Vertrag geschlossen ist. AM. ist aber bezüglich des Rechtsanspruches das PrVUG.

4. VAPrV. **2** 103 (Tontinen-Leibrentenanstalten). Versicherungsgeschäft ist auch dann anzunehmen, wenn gegen Kapitalseinzahlung bestimmte steigende Renten gewährt werden, die sich durch das infolge des Todes anderer Mitglieder freiwerdende Kapital erhöhen können: es liegt Kombination von Versicherung auf den Erlebensfall mit solchem auf fremden Tod vor.

5. Agenten. **a)** Moldenhauer, Aufsicht 5. Tätigkeit des Agenten ist nicht Versicherungsgeschäft, auch nicht im weitesten Sinne (ebenso Fuld, ZVers. Wiss. **02** 378 ff.). AM. Rehm (2) 14 ff., der die Tätigkeit der Mäkler und Agenten nur als Versicherungsgeschäft im weitesten Sinne betrachtet. **b)** Die Generalagentur ist keine Zweigniederlassung i. S. des HGB. — KG., VAPrV. **4** Anh. 1, mit ausführlicher Literatur, abweichend von seinem früheren Standpunkte. **c)** PrOVG., VAPrV. **3** 173. Für auswärtige Versicherungsunternehmungen, die im Bezirke der Handelskammer eine Generalagentur besitzen, besteht Beitragspflicht zur Handelskammer; Generalagent ist nicht selbständiger Gewerbetreibender, es liegt vielmehr eine „Betriebsstelle" der Gesellschaft vor.

6. Selbstversicherung. **a)** Moldenhauer, Aufsicht 3. Selbstversicherung ist keine Versicherung. Sie liegt vor bei Verteilung eines den abgeschlossenen Teil einer großen Wirtschaft treffenden Schadens auf alle Teile dieser Wirtschaft, die der gleichen Gefahr ausgesetzt sind. Nicht liegt Selbstversicherung vor, wenn der Versicherte einen Teil des Schadens selbst tragen muß (Schoberversicherung bei Feuerversicherung, Beamtenhaftpflichtversicherung). **b)** VAPrV. **4** 112. Feuerselbstversicherung i. Kgr. Sachsen ist stets nur bis zur Höhe von 20 pCt. zulässig.

7. Versicherungsarten. Über Boykottschutzverband der Brauereien, Baulastversicherung (Ersatz der Geld- und Naturalleistungen bei Elementarereignissen),

Versicherung von Kunstgegenständen cc. von Liebhaberwert u. a. Vgl. VAPrV. 5 57, 58. Todesfallversicherung mit Vorbehalt der Ermäßigung der Versicherungssumme nach Maßgabe der für diese Versicherungsart jeweils vorhandenen Deckungsmittel (Abgelehntenversicherung und Versicherung ohne ärztliche Untersuchung) ist zulässig. Vgl. hierüber des näheren VAPrV. 5 59. Viehversicherung mit Nachschußrückversicherung bei einer Aktiengesellschaft ist zulässig: VAPrV. 4 34. Wegen Streikversicherung der Arbeitgeber vgl. VAPrV. 4 38. Verbindung von Lebensversicherung und Darlehnsgeschäft (Darlehen gegen Abschluß einer Versicherung und event. sonstiger Sicherheit) ist unzulässig: VAPrV. 4 40, 5 58. Wegen der Zeitungsabonnementsversicherung vgl. unten II 3. Betr. Hypothekenversicherung vgl. § 6 Abs. 1 unter 2. — Über Tontinenversicherung. **a)** o. zu I 4. **b)** Gobbi, Das italienische Gesetz über Aufteilungs-(Tontinen-)Unternehmungen, AssekJ. **03** 81 ff.

II. Versicherungsunternehmung. 1. Begriff und Erfordernisse im allgemeinen. **a)** Fuld, ZVersWiss. **02** 378 ff. Unternehmung ist ein Wirtschafts-, kein Rechtsbegriff. Unternehmungsform, Groß- oder Kleinbetrieb ist unwesentlich. Gleichbedeutend mit Unternehmer (379). Keine Unternehmung liegt vor: bei einer kleinen, in sich geschlossenen Personenvereinigung zum Zwecke der Tragung eines Risikos, eines Verlustes und ebenso nicht bei einer größeren Vereinigung, bei der die zu tragende Gefahr verhältnismäßig bald vorübergeht (379). Gewerbsmäßiger Betrieb ist nicht notwendig (380). Es genügt aber nicht, die Absicht, nur nebenher und gelegentlich Versicherungsgeschäfte abzuschließen. — Keine Versicherungsunternehmen: Versicherungsagent mit Delkrederepflicht, Bankier, der gegen Zuschlag das Risiko des Kursverlustes übernimmt (ähnlich der Spediteur bezüglich des Verlustes 2c. der Waren) (380). Die Selbstversicherung ist keine echte Versicherung, auch dann nicht, wenn mehrere Selbstversicherer sich zusammentun (Reedereien); doch geht letztere Form leicht in eine Gegenseitigkeitsgesellschaft über (381). Notwendig für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts ist das Bestehen eines Rechtsanspruchs (aM. Rehm 15). Besteht nur Anspruch auf freiwillige Leistungen, so liegt kein Versicherungsverhältnis vor. Der Rechtsanspruch braucht aber nicht klagbar zu sein (382).

b) Moldenhauer, Auff. 6/7. „Versicherungsunternehmung“ verlangt eine selbständige, nicht auf vorübergehende Dauer geschaffene Organisation zum Betriebe von Versicherungsgeschäften: eine Versicherungsunternehmung ist also nicht die Vereinigung mehrerer Fabrikanten zum gegenseitigen Ersatz des nächstjährigen Streikschadens durch Verteilung desselben, ferner nicht die geschlossene Personenvereinigung (§ 705 ff. BGB.), wohl aber z. B. eine auf eine bestimmte Höchstsumme des Versicherungsbestandes oder auf bestimmte Berufe begrenzte Sterbekasse. Gleichgültig ist es, ob das Subjekt der Unternehmung eine oder mehrere physische Personen oder eine juristische Person ist (6). Vgl. wegen des Begriffs des Versicherungsbetriebs Rehm 7 ff.

c) Moldenhauer, Auff. 3. Keine Versicherung stellt dar: eine Pensionskasse, die ein Unternehmer errichtet und zu der die Arbeiter keine Beiträge zahlen. Vgl. auch wegen der Betriebskassen Rehm 12 ff., ferner unten d 4.

d) Aus der Rechtsprechung: 1. Versicherungsbetrieb: a) VAPrV. 2 95, 96. Der Charakter einer Versicherungsunternehmung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Anstalten keinen Erwerb bezweckten, ehrenamtlich verwaltet werden und nur für Mitglieder eines bestimmten Vereins bestimmt sind. Notwendig ist Geschäftsbetrieb, nicht aber gewerbsmäßiges Betreiben von Versicherungsgeschäften. Auch braucht der Versicherungszweck nicht der einzige Zweck der Anstalt zu sein. b) VAPrV. 2 103, 104. Betrieb von Versicherungsgeschäften erfordert nicht Heraustreten an die große Öffentlichkeit, liegt aber nicht vor bei

Zusammenschluß einer ganz geringen Zahl festgeschlossener individuell bestimmter Personen zu gemeinsamer Verlust- und Schadentragung. c) Vgl. auch VAPrV. **1** 18 ff. (zu § 104, 1 b). d) VAPrV. **3** 20. Ob eine Versicherungsunternehmung vorliegt, bestimmt sich nicht danach, wie das Publikum den Betrieb auffaßt oder wie die Verwaltung geführt wird (ehrenamtlich oder nicht) oder ob die Einrichtung versicherungstechnisch zulänglich ist. 2. VAPrV. **5** 113. Zum Begriff der Versicherungsunternehmung gehört weder die Erhebung noch die Gewährung von Geldleistungen (Örtlicher Viehvers.-Verein, dessen Mitglieder nur verpflichtet sind, notgeschlachtetes Fleisch zu bestimmtem Preise zu übernehmen, während nur bei Nichtverwendbarkeit des Fleisches ein entsprechender barer Beitrag zu zahlen ist). 3. a) VAPrV. **2** 104. Pensions-, Sterbekassen usw. für bestimmte Betriebe unterliegen der Aufsicht dann nicht, wenn Träger der Fürsorgeeinrichtung lediglich das Hauptunternehmen mit seinem Vermögen ist. Liegt ein eigenes Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen vor, so besteht die Aufsicht dann, wenn die Kassenmittel wenigstens zu einem nennenswerten Teile von den begünstigten aufgebracht werden. b) Vgl. auch VAPrV. **4** 30. 5. VAPrV. **4** 86 (Anh.). Eine Vereinigung zur Erreichung materieller oder ideeller Zwecke, die nebenbei auch Fürsorgeeinrichtungen zugunsten ihrer Mitglieder bezweckt (katholischer Verein polnischer Arbeiter), ist nur dann aufsichtspflichtig, wenn die Fürsorgeeinrichtungen durch ein an sich selbständiges, dem Hauptunternehmen nur lose angegliedertes Unternehmen erstrebt und erfüllt und die Mittel nicht lediglich aus dem Hauptunternehmen, sondern ganz oder zum Teil unmittelbar von den Mitgliedern der Fürsorgeeinrichtung aufgebracht werden. 6. Vgl. auch zu § 15 u. Ziff. 4 ff.

e) Vorliegen einer aufsichtspflichtigen Unternehmung verneint: 1. VAPrV. **1** 190. Witwen- und Waisenkassen, die an höheren Schulen für die Lehrerkollegien bestehen, bilden, wennschon sie einen Rechtsanspruch verleihen, keine Versicherungsunternehmung; es fehlt ihnen im Hinblick auf die geringe und individuell bestimmte Mitgliederzahl der auf Erreichung eines gewissen Komplexes von Versicherungsgeschäften gerichtete Zweck. 2. VAPrV. **4** 100. Ebenso ist keine Versicherungsunternehmung eine kleinstaatliche Witwen- und Waisenkasse, zu der die Inhaber der jeweiligen etatsmäßigen Gerichtsschreiberstellen (z. Zt. 27 Stellen) beitrittsberechtigt sind. 3. VAPrV. **2** 31. Das Vorliegen einer Versicherungsunternehmung ist zu verneinen bei enger örtlicher Begrenzung und bei einer auf Erbringung beruflicher oder nachbarlicher Hilfeleistung gerichteten Abkommen (wennschon an sich Gegenstand der Versicherung nicht notwendig Geldleistungen sein müssen), so bei einem Hilfsverein für Abgebrannte und bei einer Beerdigungskasse, deren Mitglieder selbst gegenseitig Wagen und Personal für die Beerdigung stellen. 4. Vgl. VAPrV. **2** 103, 104 (s. o. zu c 1). 5. VAPrV. **3** 19. Versicherungsunternehmung liegt nicht vor, wenn ein Fabrikant für entnommene Gläser den Ersatz bei Beschädigungen gegen jährliche Gebühr übernimmt.

f) 1. Elbertzhagen, DIZ. **02** 46. Der Strafrichter muß in den Fällen der §§ 105, 108 selbständig prüfen, ob eine Versicherungsunternehmung vorliegt.

2. Rechtsanspruch. a) Fuld, ZVersWiss. **2** 382. Ob Rechtsanspruch besteht, wird sich auch ergeben aus der Art des Risikos (z. B. Krankengeld, Sterbegeld einerseits und — möglicherweise gar nicht durchführbare — Unterstützung bei Arbeitslosigkeit, Streik 2c. andererseits), ferner aus der Art der Organisation, der Gelderansammlung, -Anlegung und -Verwaltung. b) VAPrV. **3** 87. Wesentliche Merkmale für das Bestehen eines Rechtsanspruchs sind z. B.: nach Gefahrenklassen und Höhe der Gegenleistung abgestufter Beitragstarif, Beschränkung der Aufnahme nach Alter und durch Gesundheitsnachweis sowie durch

Beantwortung formularmäßiger Fragen, Karenzzeit, Krankmeldung, Kontrolle, Verwirkung bei Zahlungsverzug, Bestehen eines Schiedsgerichts für Streit zwischen Verein und Mitgliedern. Wohltätigkeitsverein liegt nicht vor, wenn das Unternehmen sich an alle Bevölkerungskreise wendet. c) VAPrV. 3 20 ff. Nicht der Wortlaut einzelner Bestimmungen der Satzung, sondern deren Gesamtinhalt entscheidet, ob den Mitgliedern ein Rechtsanspruch zusteht; insbesondere ist hierfür die Höhe der Beiträge, die Bestimmtheit und gegenseitige Beziehung von Leistungen und Gegenleistungen sowie ferner entscheidend, welche Bedeutung das Mitglied unter Berücksichtigung aller Umstände vernünftigerweise seinem Mitgliedschaftsrechte beimessen dürfte. Vgl. auch OLG. Dresden, VAPrV. 3 174. d) KG. (Straff.) VAPrV. 4 29 (Anh.). Ob Rechtsanspruch gegeben ist trotz widersprechender Satzungsbestimmung, ist zu folgern aus dem übrigen Satzungsinhalte und aus dem tatsächlichen Verhalten der Gesellschaft. — Rechtsanspruch ist ein mit den staatlichen Rechtspflegemitteln durchsetzbarer Anspruch (Klage, Schiedsverfahren). e) KG., VAPrV. 5 34 (Anh.). Lediglich durch die Statutenbestimmung, daß die Mitglieder bei Streitfragen den Beschlüssen der Gesellschafts-Organe sich zu unterwerfen und eines gerichtlichen Verfahrens sich zu enthalten haben, wird der Rechtsweg nicht ausgeschlossen, ein Rechtsanspruch aber nur dann, wenn damit gesagt sein sollte, daß die Zubilligung von Unterstützungen von der Willkür der Organe abhängen solle. Letzteres ist nicht anzunehmen, wenn im einzelnen genau bestimmt ist, wieviel und wann zu zahlen ist. f) KG., RJA. 7 109 ff., ZBlFG. 7 139 ff., R. 06 962 ff. Ausschluß des Rechtsanspruchs ist nicht schon dann, wenn er die Vermeidung der staatlichen Aufsicht bezweckt, sondern nur dann ungültig, wenn er auf Täuschung der Behörden berechnet ist. [Vgl. auch RG. (Straff.) VAPrV. 5 38 (Anh.).] Der Rechtsanspruch muß durch Klag- oder Schiedsverfahren erzwingbar sein. [Ebenso KG. (Straff.) VAPrV. 4 29 ff. (Anh.); PrOVG. 17 422 ff., KGJ. 11 199.] Die statutenmäßige Bestimmtheit von Leistung und Gegenleistung hat keine ausschlaggebende Bedeutung für die Frage des Rechtsanspruchs. — Für die Regel des Rechtsanspruchs sind auch Bestimmungen des Statuts über Reservefonds, Betriebsrücklage und Liquidation und ebenso auch solche darüber ohne Bedeutung, daß ein etwaiger Gewinn an die Genossen verteilt werden soll. g) RG. (Straff.) 37 409 ff. läßt lediglich die mechanische Einfügung einer Bestimmung, daß die Leistungen der Kasse freiwillige und beim Vorhandensein genügender Mittel zu gewähren seien, nicht ohne weiteres zum Ausschluß des Rechtsanspruchs genügen.

3. Zeitungsabonnementsversicherung. Streit herrscht, ob sie anzusehen ist a) als echte Versicherungsunternehmung. Hierfür: α. Moldenhauer, Aufsicht 3/4: Zeitungsabonnementsversicherung ist echte Versicherung. In dem Abonnementsbetrag ist die Vergütung für die Versicherung mitenthalten. Ziffernmäßige Ausscheidung des vom Versicherten zu leistenden Betrags ist nicht nötig. Es genügt die tatsächlich bestehende Absicht, aus Leistungen der Versicherten die Ersatzwerte bereitzustellen (ebenso VAPrV. 02 Nr. 2; aM. KG. Urt. v. 16. 12. 01 u. RG. OVersZ. 03 Nr. 19; vgl. aber Masius' Rundschau 00 25). β. VAPrV. 1 16 (vgl. auch Veröff. 4 68 ff.). Versicherung durch Zeitungsabonnement erfolgt entweder 1. in eigenem Namen und auf eigenes Risiko des Verlegers oder 2. so, daß dieser die Versicherung bei einer Versicherungsunternehmung vermittelt, die vertragsmäßig die Verpflichtung zur Entschädigungsleistung als Versicherer übernommen hat. Letztere Art ist unbedenklich, vorausgesetzt, daß die Versicherungsgesellschaft in denjenigen Bundesstaaten zum Geschäftsbetriebe befugt ist, in denen mit den Abonnements zugleich Versicherungsverträge geschlossen werden. Erstere Art stellt ein vom Verleger betriebenes Versicherungsgeschäft i. S. v. § 1 PrVUG. dar, nicht nur eine Nebenverabredung

mit versicherungsähnlicher Wirkung, da die Gewährung der Versicherung nicht als ein aus dem Wesen des Abonnementsvertrags sich erklärender Ausfluß des letzteren, nicht als eine verkehrsbedürfnisgemäße Ausgestaltung des Abonnementsvertrags und daher nicht als dessen Bestandteil anzusehen ist, vielmehr verschiedenartige Dinge willkürlich und künstlich verknüpft sind, mag auch die Versicherungsprämie nicht gesondert vom Abonnementspreise erhoben werden, sondern in ihm enthalten sein. Deshalb darf nach § 6 Abs. 2 PrVUG. für Lebens-, Unfall-, Haftpflicht-, Feuer- und Hagelversicherung die Erlaubnis zu einem derartigen Betriebe in eigenem Namen Zeitungsverlegern als Einzelpersonen nicht mehr erteilt werden, sondern nur an Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Aktiengesellschaften. γ. **RG.** VII. 13. 2. 03 vgl. VAPrV. **4** 69: im Sinne des APrV. δ. Für die Selbständigkeit der Zeitungsabonnementsversicherung vgl. auch Neumann, ZVersWes. **04** 351 ff.

b) als Nebenabrede: so besonders (vgl. auch **RG.** (Straff.) **35** 348, **36** 127 ff.) **RG.** (Straff.) 27. 2. 03, FischersZ. **27** 218 ff., das der Auffassung des VAPrV. **1** 15 betr. Zeitungsabonnementsversicherung nicht beizutreten vermag. Die Versicherung ist nach Ansicht des RG. dem Abonnement zwar fremd, aber gerade deshalb willkürlich als Nebenabrede, als Teil des Abonnementsvertrags gedacht, zumal wenn sie mit dem Abonnement beginnen und enden soll und eingeführt ist, um die Abonnentenzahl zu erhöhen. Sie tritt daher nur dann dem Abonnement selbständig gegenüber, wenn entweder der Unternehmer zwei Geschäfte (Versicherung und Verlag) betreibt oder die Versicherung Hauptbetrieb und der Zeitungsverlag nur Hilfsorgan im Dienste dieses Hauptbetriebs ist.

c) KG. (Straff.) KGJ. **23** C 81. Wenn ein Zeitungsverleger den Hinterbliebenen eines verunglückten Abonnenten eine Unterstützung verspricht, so liegt hierin nicht der Beginn des Betriebes einer Versicherungsunternehmung, weil es an der Zahlung einer Prämie fehlt (daß sie ökonomisch mit im Abonnementsbetrag enthalten ist, genügt nicht) und weil, selbst wenn Prämie gezahlt würde, doch nur eine Nebenabrede des Abonnements, nicht aber ein selbständiger Versicherungsvertrag vorläge.

d) Vgl. noch OLG. **10** 145 (Hamburg). Wenn bedingungsgemäß bei einer Zeitungsabonnementsversicherung der monatliche Abonnementsbetrag vor dem Unfalle bezahlt sein muß und der Zeitungsverlag ausdrücklich in den Bedingungen erklärt hat, es sei Sache des Abonnenten, für pünktliche Zahlung zu sorgen, so hat derjenige Abonnent, der seinen Abonnementsbeitrag nicht pünktlich bezahlt, keinen Anspruch aus der Versicherung wegen eines vor der Zahlung erfolgten Unfalls.

4. Wegen der Militärvereine vgl. **a)** VAPrV. **5** 92 (Militärvereine als reine Unterstützungskassen). **b)** Die Verordnung der Kreishauptmannschaft Leipzig: TarnkesAnn. **05** 694 ff. Ob eine Versicherungsunternehmung vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob die Leistung dem Berechtigten zusteht als vertragsmäßige aus einem zweiseitigen, die Tilgung eines Schadens bezweckenden Versicherungsvertrage, oder ob sie ihm nur zukommt als Vereinsmitglied, als Ausfluß der Vereinstätigkeit auf Grund der jeweiligen, durch Vereinsbeschluß jederzeit abänderlichen Satzung. Es kommt also darauf an, ob es sich lediglich um satzungsmäßige Zuwendungen des Vereins an seine jeweiligen Mitglieder handelt oder um vertragsmäßige Gegenleistungen aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte mit dem einzelnen Mitgliede. Diese Grundsätze gelten auch für Militärvereine. Diese werden nicht zu Versicherungsunternehmungen, wenn sie ihren Mitgliedern oder deren Hinterbliebenen im Krankheits- oder Todesfalle (relativ oder absolut) unbestimmte Zuwendungen satzungsmäßig machen; anders: wenn sie eine besondere Kasse errichten oder mit Mitgliedern besondere Abreden über Zuwen-

dungen treffen, die gegen einmalige oder wiederkehrende bestimmte Beiträge in bestimmten Fällen geleistet werden sollen. c) Vgl. auch die bei Rehm (2) 22 erwähnte Normalsatzung.

III. Private und öffentliche Versicherungsunternehmung. 1. Moldenhauer, Aufsicht 718. Öffentliche Versicherungsunternehmung ist nicht die, deren Subjekt eine Person des öffentlichen Rechtes ist, sondern diejenige, die dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes kraft öffentlichen Rechtes verpflichtet ist. Unerheblich ist es, daß der Beitragszwang fehlt, daß die Organisation privatrechtlich ist, daß Privatpersonen die Verwaltung führen (aM. Fuld aaO. 387), daß das Versicherungsverhältnis privatrechtlich ist (preußische Feuersozietäten), sowie ob obrigkeitliche Gewalt besteht und die Beiträge im Verwaltungswege eingezogen werden können (so: preußische Feuersozietät) oder nicht (so: Stadt-Kölnische Versicherungskasse gegen Arbeitslosigkeit im Winter). Die Kgl. Sächs. Landesbrandversicherungs-Anstalt ist öffentlich-rechtlich, ebenso die preuß. Feuersozietät.

2. Wörner, VV. 15. Dem PrVUG. unterstehen nicht die Pensions- und Pensionszuschußkassen der Arbeiter der preußischen und bayrischen Staatsbahn; ferner nicht ein von einer Gemeinde für ihre Beamten errichteter Lebensversicherungsverein a. G.

3. VAPrV. **2** 104 ff. Öffentliches Versicherungsunternehmen ist 1. eine städtische Dienstbotenkrankenkasse, die die Stadtgemeinde verwaltet, vertritt und für deren Schulden das Stadtvermögen haftet, 2. eine von der Stadtgemeinde verwaltete städtische Witwen- und Waisenkasse der Beamten und Lehrer, zu der Stadt- und Schulgemeinde Zuschüsse leisten und bei der für Verheiratete Beitrittszwang besteht, 3. die Lebensversicherungsanstalt für die Armee und Marine, 4. die Kaiser-Wilhelms-Spende in Berlin, 5. die preußische Rentenversicherungsanstalt in Berlin.

4. PrOVG. **45** 354. Öffentliche Unternehmungen sind nur solche, die entweder der Durchführung eines gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Versicherungszwanges dienen oder unter Verwaltung und Leitung einer Behörde oder zwar eines anderen, jedoch einer Behörde gleichzustellenden Organs stehen.

5. Bay. Verw.-Gerichtshof, Samml. d. Entsch. **24** 379 ff. Als öffentliche Versicherungsanstalten sind in der Regel nur solche anzusehen, welche behördlich geleitet und derart in die öffentlichen Einrichtungen des Staates eingegliedert sind, daß sie als Bestandteile der letzteren erachtet werden müssen. — Staatliche Unterstützung und Beaufsichtigung eines Vereins sowie die dienstliche Anwendung eines Beitrittszwanges sind an sich noch nicht genügend, um die Annahme eines privaten Versicherungsvereins auszuschließen. — Auf Versicherungsvereine, denen durch besondere Verfügung des Staatsoberhauptes die Eigenschaft von Vereinen des öffentlichen Rechtes ausdrücklich verliehen wurde, findet das PrVUG. keine Anwendung.

6. PrOVG., VAPrV. **4** 85 (Anh.) bezeichnet eine Sterbekasse trotz geschichtlichem Ursprung, besonderem Privileg, langem Bestehen (seit 1569), altem Namen, alten Einrichtungen und Gebräuchen, deren Mitgliederzahl auf 140 beschränkt ist, als private Versicherungsunternehmung. Diese Mitgliederzahl ist weder ganz gering noch eine „festgeschlossene Zahl individuell bestimmter Personen".

7. PrOVG., VAPrV. 5 78 (Anh.). Innungs-Schlachtviehversicherungsvereine sind private Versicherungsunternehmungen. Vgl. über Innungsunterunterstützungskassen: Reger **24** 205.

8. Über Prediger-Witwen- und Waisenkassen vgl. Reger aaO.

9. Über staatsforstliche Holzhauer-Unterstützungskasse als öffentliche Anstalt: Reger **24** 194.

10. Über die preußischen „Feuersozietäten“ vgl. Knebel-Döberitz, Feuerversicherungswesen 33 ff.

11. Eine Zusammenstellung der in Frage kommenden öffentlichen Unternehmungen bei Rehm (2) 4 ff.

IV. Aufsicht. a) Über ihren Umfang vgl. VAPrV. 5 81 (Einschreiten wegen unzulässiger Konkurrenz, unzulässiger Angaben über den Vermögensbestand usw.). b) Folgen: 1. Wörner, VV. 179. Es besteht Aufsichtspflicht, aber keine Haftung der Behörde nach § 823 Abs. 2 BGB. (aM. Alexander-Katz 156). Nur Haftung der einzelnen Beamten nach § 839 BGB. 2. Meyn, SächsA. 13 128. Auf Grund von § 64 kann nicht eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. konstruiert werden. 3. Langen, ABürgR. 23 429. Eine Haftung der Beamten des Aufsichtsamts nach § 823 Abs. 2 ist ausgeschlossen, weil es sich lediglich um die Haftung eines Beamten aus Verletzung seiner öffentlichen Dienstpflicht handelt und diese sich ausschließlich nach § 839 BGB. bestimmt.

§ 2. I. Verteilung der Aufsicht zwischen Reichs- und Landesbehörden. 1. Moldenhauer, Aufsicht 23. Der Betrieb einer Versicherungsunternehmung wird nicht über einen Bundesstaat ausgedehnt, wenn Versicherte in einen anderen Bundesstaat verziehen (ebenso Knebel-Döberitz 20; VAPrV. 1 32 Ziff. 11, vgl. auch daselbst 32 Ziff. 12). Wohl aber liegt Überschreitung vor, wenn auch nur im Korrespondenzwege oder durch Vertrauensmänner mit Versicherten in anderen Bundesstaaten Verträge abgeschlossen werden; § 85 gilt nur für ausländische Gesellschaften (ebenso Knebel-Döberitz 20). — Moldenhauer 27: Unter Reichsaufsicht steht auch eine im Deutschen Reich domizilierte Unternehmung, die nur im Auslande arbeitet denn sie nimmt im Inlande wenigstens eine den Abschluß von Versicherungen vorbereitende Tätigkeit vor. AM. Rehm 26.

2. Moldenhauer, Aufsicht 22. Tatsächliches Überschreiten des geschäftsplanmäßigen Betriebsbezirkes begründet nicht die Reichsaufsicht, sondern nur Einschreiten nach § 64 Abs. 1 (ebenso Zehnter 6, Alexander-Katz 17).

3. Vgl. hierzu auch Rolfs, Begriff des kl. Vereins 24 ff., s. unten zu § 53.

4. Entscheidungen. a) VAPrV. 2 107, 108. Geschäftsbetrieb in mehreren Bundesstaaten liegt vor, wenn bei Personenversicherung die Versicherten in mehreren Bundesstaaten wohnen; nicht genügt aber nachträgliches Verziehen in einen anderen Staat, und anders liegt die Sache, wenn das Versicherungsverhältnis durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Fabrik, oder durch das Eigentum an Grundstücken in bestimmtem Bezirk begründet wird. b) VAPrV. 2 106, 107. Enthalten Satzung und sonstige Geschäftsunterlagen keine ausdrückliche räumliche Beschränkung, so besteht Reichsaufsicht dann nicht, wenn zweifellos der Geschäftsbetrieb weder tatsächlich sich über das Bundesstaatsgebiet, sei es zufolge ausdrücklicher, sei es zufolge stillschweigender Erlaubnis hinauserstreckt, noch wenigstens eine, noch nicht benutzte Befugnis zu solcher Ausdehnung besteht. c) VAPrV. 2 31 u. 32. Der Aufsicht des APrV. untersteht nicht eine für die Arbeiter einer Fabrik bestehende Invaliden-, Witwen- und Waisenkasse, da ein einheitlicher Beschäftigungsort besteht, und demgegenüber der Umstand, daß die Arbeiter teilweise in mehreren Bundesstaaten wohnen und daß sie auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Fabrikdienste Mitglieder bleiben können, nicht in Betracht kommen kann. — Ebenso untersteht ein Hausbesitzerhaftpflichtversicherungsverein der Reichsaufsicht nicht, wenn er sich nur auf die am Vereinssitze belegenen Grundstücke bezieht, mögen die Eigentümer auch teilweise in anderen Bundesstaaten wohnen. Maßgebend ist die einheitliche Belegenheit der Grundstücke. d) VAPrV. 4 100. Bei Schlachtviehversicherungen,

die nur Vieh versichern, das im Schlachthof ihres Sitzes geschlachtet wird, liegt ein auf diesen Ort begrenzter Geschäftsbetrieb vor. Anders bei den Unternehmungen, die bei Vieh, das im Schlachthofe ihres Sitzes nicht zur Schlachtung gelangt, auch die Gefahr des Transportes nach anderen Schlachthöfen mitversichern.

II. Zahl der Landesaufsichtsbehörden. PrOVG., VAPrV. 5 76 ff. (Anh.). Das PrVUG. verlangt nicht, daß in jedem Bundesstaate für den seiner Aufsicht unterstehenden Unternehmungen nur eine Landesbehörde bestellt werde. Ebenso jetzt Rehm (2) § 2 Anm. 9.

III. Eine Zusammenstellung der Aufsichtsbehörden bei Rehm (2) § 2 Anm. 9.

§ 3. VAPrV. **2** 108. Namentlich bei Beamtenversorgungskassen der Bundesstaaten ist von der Ermächtigung des § 3 Abs. 2 Gebrauch gemacht worden. Vgl. im übrigen die in den VAPrV. regelmäßig erscheinenden Zusammenstellungen.

II. Zulassung zum Geschäftsbetrieb.

Zu § 4. Heft XI d. Veröff. d. Deutsch. Vereins f. VersWiss. Die gebräuchlichsten Sterblichkeitstafeln der im Deutschen Reich arbeitenden Lebensversicherungsunternehmungen (bearb. i. APrV. Berlin 1906).

§ 4. Abs. 1. 1. Moldenhauer, Auss. 124. Eine bisher der Landesaufsicht unterstehende Unternehmung muß, wenn sie ihren Betrieb auf das ganze Reich ausdehnen will, sich an das APrV. wenden. Ebenso eine ausländische Gesellschaft wegen Genehmigung von Änderungen des Geschäftsplanes; zu entscheiden hat in diesem Falle aber der Reichskanzler (aM. Knebel-Döberitz 36 und Alexander-Katz 45: beide unterscheiden, ob die Änderung innerhalb des Rahmens der Konzession liegt oder nicht, und halten im ersteren Falle das APrV. für zuständig zur Entscheidung).

2. Über mildere Anwendung der §§ 4 ff., wenn eine Gesellschaft lediglich die Rechtsform ändert oder einzelne Geschäftszweige selbständig abzweigt, vgl. APrV. **5** 93, 94.

3. Moldenhauer, Auss. 122. Das einzige Mittel, konzessionspflichtige Unternehmungen, die keine Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe haben, zum Nachsuchen der Konzession zu zwingen, ist die strafrechtliche Verfolgung. Diese ist allerdings unmöglich, wenn die Aufsichtsbehörde die Zulassung abgelehnt hatte, weil kein konzessionspflichtiger Betrieb vorliege.

4. PrOVG., VAPrV. **5** 76 (Anh.). Gegen einen unerlaubten Versicherungsbetrieb kann die Polizei nicht dadurch einschreiten, daß sie unter Strafandrohung Einholung der Genehmigung verlangt. Sie kann vielmehr nur die Schließung anordnen oder für den Fall der Nichteinholung der Erlaubnis androhen.

5. KG., VAPrV. **5** 34 (Anh.). Wenn der Betrieb des Versicherungsgeschäfts ohne die vorgeschriebene Erlaubnis begonnen wird, so ist § 134 BGB. nicht anwendbar. Die Versicherungsverträge sind gültig. Ebenso Zehnter, ABürgR. **20** 2 ff.

6. **RG.** (IV. Strafs.), VAPrV. **5** 38 (Anh.). Es schließt Irrtum über die Erforderlichkeit der Erlaubnis die Strafbarkeit nicht aus.

Abs. 2. u. 3. 1. Wörner, VV. 37 ff. Geschäftsplan sind nicht: Sitzungsordnungen, Beamten- und Agenturverträge und -Instruktionen, Antrags- und Polizenformulare, Prospekte, Tarife usw. (aM. Knebel-Döberitz 22). — Unzulässig ist Versicherung gegen Folgen außerehelichen Beischlafs, strafrechtliche Verfolgung, vorsätzliche Brandstiftung, absichtliche Selbstverstümmelung, Versiche-

rungsbetrug 2c. (§ 7 PrVUG.). — Geschäftsplan ist die Gesamtheit der Bestimmungen, die in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung die Grundlage des Vereins bilden, deren Fehlen, Änderung oder Nichtbefolgung den Verein nicht oder nicht mehr zur Erreichung seinen Zwecken geeignet erscheinen lassen. — Satzung ist der Bestandteil des Geschäftsplanes, der sich mit Errichtung und Verfassung des Vereins befaßt.

2. Moldenhauer, Auff. 76 ff. Zum Geschäftsplan gehören nur solche technischen Unterlagen, die verhältnismäßig lange konstant bleiben. Daher zwar bei der Personen-, nicht aber bei der Sachvers., die Prämientarife. Auch nicht die Prospekte, Agenteninstruktionen, Anstellungs-, Rückversicherungsverträge usw. (AM. VAPrV. **1** 8 ff.)

3. Moldenhauer, Auff. 80. Den Gesellschaftsvertrag einer zu gründenden Aktiengesellschaft muß die Aufsichtsbehörde nicht nur darauf, ob er nach Form und Inhalt dem HGB., sondern auch darauf prüfen, ob er auch den — nicht obligatorischen, Befreiung zulassenden — Vorschriften des PrVUG. entspricht.

4. Wörner, VV. 61. Die technischen Geschäftsunterlagen haben als Teil des Geschäftsplans die Betriebsfähigkeit darzulegen.

5. Moldenhauer, Auff. 81. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen und die Rechnungsgrundlagen brauchen nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen zu werden. (AM. Könige 30.)

6. VAPrV. **2** 108. Prämientarife bilden bei Sachversicherungen nicht Bestandteile des Geschäftsplanes.

§ 6. Abs. 1. 1. Vgl. KG., RJA. **7** 109 ff., ZBlFG. **7** 139 ff. S. u. § 15 unter 6.

2. KG., KGJ. **24** A 203. Der Genossenschaftsrichter hat bei Eintragung zu prüfen, ob eine genehmungsbedürftige Versicherungsunternehmung vorliegt. — Wenn eine Genossenschaft gegen eine Vergütung für die Genossen den Hypothekengläubigern gegenüber Bürgschaft für etwaige Kapitalausfälle übernimmt, so ist zu dieser Statutenabänderung staatliche Genehmigung — wenn solche nach §§ 6 1, 92, 102 PrVUG. möglich ist — erforderlich, weil es sich um Begründung einer Versicherungsunternehmung handelt. — Selbst wenn diese Verträge als echte Bürgschaftsverträge (§§ 765 ff. BGB.) anzusehen wären, würde nicht ausgeschlossen sein, daß sie zugleich Versicherungsverträge im Sinne des PrVUG. sind. Es handelt sich aber mangels einer Hauptverbindlichkeit nicht um echte Bürgschaften, sondern um eine Hypothekenversicherung.

Abs. 2. 1. Moldenhauer, Auff. 79. Unter § 6 Abs. 2 fällt die Krankenversicherung nur dann, wenn sie die Versicherung gegen dauernde Invalidität mitumfaßt. — § 6 Abs. 2 ist inkorrekt, die Aktiengesellschaft entsteht erst mit der Eintragung, die Genehmigung muß aber vorher erteilt werden. (Ebenso Knebel-Döberitz 25, vgl. Alexander-Katz 27.)

2. Über die rechtl. Natur der Unfallversicherung: Bruschettini, AssekZ. **07** 70 ff.

3. PrOVG. **45** 347 ff. Ein Verein, der gegen die Leistungen seiner ordentlichen Mitglieder nach deren Tode den hinterbliebenen Kindern einen Anspruch auf Erziehungsgelder gewährt, betreibt Lebensversicherungsgeschäfte.

§ 7. *Behrend, GoldschmidtsZ. **55** 10. § 7 enthält für die Aufsichtsbehörde die Verpflichtung, die Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe zu versagen, wenn nach dem Geschäftsplan die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt sind.

Ziff. 2. 1. VAPrV. **3** 92. (Vgl. auch VAPrV. **4** 34.) Betrieb von Lebens- und großer Sachversicherung durch ein Unternehmen sind nicht zuzulassen.

2. VAPrV. **4** 34. Wohl aber ist Verbindung von Lebens-, Unfall- und Haftpflichtversicherung im allg. zulässig.

3. VAPrV. **3** 52. Das Interesse der Mitglieder erscheint nicht gewahrt und die dauernde Erfüllbarkeit der Kassenleistungen nicht gewährleistet, wenn bei Sterbekassen Durchschnittsbeiträge nach dem Alter der Mitglieder (30 oder 40 Jahre) eingeführt werden sollen.

4. VAPrV. **4** 114. Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, den Beginn des Auslandsgeschäfts davon abhängig zu machen, daß die Gesellschaft verpflichtet wird, zu jeder nach fremdem Rechte erforderlich werdenden Kautionsbestellung aufsichtsbehördliche Genehmigung einzuholen.

Ziff. 3. 1. PrOVG., VAPrV. **4** 72 (Anh.). Wenn der Vorstand und eine Anzahl Mitglieder eines Viehversicherungsvereins aus demselben austreten und einen neuen Verein gründen, weil sie Entschädigungsansprüche eines Mitgliedes nicht anerkennen und sich der Mithaftung entziehen wollen, so kann dem neuen Verein wegen Unzuverlässigkeit des Vorstandes die Zulassung nur dann versagt werden, wenn ein wider besseres Wissen erfolgendes oder sonst arglistiges Handeln vorliegt.

2. SächsOVG. **4** 242 ff. Ausschluß der Ansprüche der Krankenkassenmitglieder bei Epidemien verstößt gegen § 138 BGB. und § 7 Ziff. 3 PrVUG.

Abs. 2. Wörner, VV. 36. Hatte zunächst die Aufsichtsbehörde die Zulassung von Bestellung einer Sicherheit abhängig gemacht, dann aber die Zulassung erklärt, ohne daß die Sicherheit bestellt worden wäre, so ist dennoch der Verein wirksam entstanden.

§ 8. 1. VAPrV. **3** 107. Unzulässig ist die Erwerbung von Aktien eines anderen Versicherungsunternehmens, wenn nicht die Satzung derartige Beteiligung zuläßt.

2. VAPrV. **5** 94, 95. Ankauf von fremden Aktien ist, selbst wenn die Satzung uneingeschränkt Beteiligung an anderen Unternehmungen zuläßt, nur beschränkt zulässig, z. B. Mutter- und Tochtergesellschaft, Erst- und Rückversicherer, Versuche, im Ausland Boden zu fassen, Gleichartigkeit der Versicherungszweige, Verwendung lediglich der freien Mittel der Gesellschaft.

Zu §§ 9, 10. Vgl. August, Die Gleichheit der Kontrahenten und die Gegenseitigkeitsgesellschaften, HirthsAnn. **02** 672 ff., 770 ff.

1. Über die Notwendigkeit einheitlicher Auslegung der allg. Versicherungsbedingungen vgl. **RG.** DIZ. **05** 123.

2. OLG. **11** 39 (Marienwerder). Irrtum über den Inhalt der allg. Versicherungsbedingungen begründet keine Vertragsanfechtung. Vgl. auch zu § 15 unter 11.

3. **a)** Schneider, ZVersWiss. **04** 198. Fraglich kann sein, wie §§ 9 u. 10 aufrechtzuerhalten sind, wenn künftig im Gesetz über den Versicherungsvertrag ein großer Teil der „Allgemeinen Bedingungen" gesetzliches Recht geworden sein wird. **b)** Vgl. auch Samver, Einige Bemerkungen über die künftigen allg. Versicherungsbedingungen der deutschen Lebensversicherungsanstalten, AssekZ. **07** 1 ff., und Alexander-Katz, ZVersWiss. **04** 59. Beide über die Frage, ob die Aufsichtsbehörde künftig die Genehmigung zu Bedingungen versagen kann, die mit dem Versicherungsantragsgesetz übereinstimmen. Vgl. auch ZVersWiss. **05** 209 ff.

§ 9. Ziff. 1. KG., VAPrV. **4** 93 (Anh.). Irrtum über den Gesundheitszustand des Aufzunehmenden begründet keine Anfechtung.

Ziff. 2. **RG.** HansGZ. **04** Beibl. 113. Der Versicherte braucht nicht einen weiteren Schiedsspruch einzuholen, wenn der ergangene Schiedsspruch vom ordentlichen Gericht für ungültig erklärt ist. Ebenso **RG. 45** 351; vgl. aber **RG.** VAPrV. **4** 63 (Anh.).

Ziff. 3. a) VAPrV. 5 60, 61. Haftpflichtversicherung von öffentlichen Beamten und Rechtsanwälten ist zulässig, wenn höchstens 80 pCt. des Schadens vergütet werden und ein Höchstbetrag der Versicherungssumme entsprechend den einzelnen Kategorien der Versicherten bestimmt ist. b) VPrAV. 2 109. Selbst wenn die Versicherungsbedingungen dem geltenden Zivilrechte nicht widersprechen, können sie doch billigen Interessen der Versicherten entgegenstehen und deshalb abänderungsbedürftig sein. c) VAPrV. 2 112. Dies gilt z. B. auch für das vom APrV. aufgestellte Erfordernis der Mahnung vor Verfall der Police infolge nicht rechtzeitiger Prämienzahlung; § 284 Abs. 2 BGB. steht dem nicht entgegen. d) VAPrV. 2 89. Wennschon nach § 284 Abs. 2 BGB. bei festem Zahlungstermin eine Mahnung zur Herbeiführung des Verzugs nicht erforderlich ist, kann das APrV. dennoch die Genehmigung einer Bestimmung versagen, wonach ohne Mahnpflicht der Gesellschaft die Versicherung bei Nichtzahlung der Prämie innerhalb einer Respektfrist außer Kraft tritt. Denn Aufgabe des APrV. ist es, die allgemeinen Rechtsvorschriften in Einklang zu bringen mit den Bedürfnissen des Verkehrs gerade im Versicherungswesen.

Ziff. 4. a) VAPrV. 2 113. Die Dauer der Versicherung unterliegt freier Parteivereinbarung; ob lebenslängliche Haftpflichtversicherung zuzulassen ist, kann bedenklich sein. b) VAPrV. 5 26. Die Aufrechterhaltung einer einfachen Sparversicherung bei Nichtzahlung der Prämien durch Verwendung des Rückkaufswertes zur Prämienzahlung darf nicht ausbedungen werden wegen der Natur dieser Versicherung. Hierfür ist die selbsttätige Umwandelung der Versicherung in eine beitragsfreie vorzuschreiben. c) VAPrV. 5 46 (Anh.). Rückkauf kann auch dann vom Versicherten verlangt werden, wenn er sich verpflichtet hatte, bis zur Rückzahlung eines Policedarlehns die Versicherung aufrechtzuerhalten. d) Vgl. ferner u. zu Ziff. 8 unter 5 u. 6.

Ziff. 6. Wörner, VV. 54. Unzulässig ist die Bestimmung, daß Streitigkeiten aus dem Versicherungsverhältnis zwischen Mitglied und Verein durch Schiedsspruch des Vorstands oder des obersten Organs entschieden werden. (Vgl. Baumgartners Entscheidungen 316 Ziff. 107.)

Ziff. 8. a) Wörner, VV. 192. § 9 Ziff. 8 erwähnt Darlehen und Vorauszahlungen als gleichbedeutend, beides i. S. antizipierter teilweiser Vorauszahlung der Versicherungssumme (ebenso VAPrV. 2 113 ff.; aM. Rehm 63 ff., der Darlehnsvorauszahlung auf die Police und Darlehen gegen die Police — Verpfändung derselben — scheidet). b) Pariser Appellhof, VAPrV. 5 66. Policedarlehen sind echte Darlehen (nicht Vorauszahlungen auf die Versicherungssumme) und daher im Konkursfalle an die Konkursmasse zurückzuzahlen. c) VAPrV. 5 58, 59. Zulässig ist ein Vertrag zwischen Versicherungsgesellschaft und Darlehnsanstalt, wonach letztere an Beamte Darlehen gibt und ihrerseits die Versicherung abschließt und wonach die der Höhe des Darlehens entsprechende Versicherungssumme sowie die Prämie entsprechend den jeweiligen Kapitalrückzahlungen sinken. Vgl. hierzu auch VAPrV. 4 40. d) VAPrV. 2 113. Policenbeleihung kann ihre Zulässigkeit anlangend im Hinblick auf §§ 394, 460, 1274 Abs. 2 BGB., § 850 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. bei Sterbekassen bedenklich sein, Beleihung der eigenen Police ist unbedenklich; es liegt nur scheinbar ein Darlehen, tatsächlich eine antipizierte Zahlung der Versicherungssumme vor. § 9 Ziff. 8 und § 59 Ziff. 3 verwenden „Darlehen" und „Vorauszahlungen" offenbar im gleichen Sinne. e) Moldenhauer, Die rechtliche Natur des Rückkaufs und der Beleihung der Police in der Lebensversicherung auf den Todesfall, AssekJ. 03 44 ff. Rückkauf einer Lebensversicherung ist die vertraglich übernommene Verpflichtung des Versicherers, bei vorzeitiger Aufgabe der Versicherung seitens des Versicherten eine im voraus bestimmte oder bestimmbare Geldsumme zu zahlen, deren Wert

nach der Prämienreserve ausgedrückt wird (Rückkaufswert) (45). Es liegt kein echter Kauf vor. Die Ungewißheit des Eintritts des Todes ist eine Gefahr im versicherungsrechtlichen Sinne. Der Tod ist nicht nur Zahltermin. Lebensversicherung ist echte Versicherung (47 ff.). Sie gewährt aber an sich keinen Anspruch auf Zahlung irgendeiner Geldsumme im Falle vorzeitigen Rücktritts (51). Der Versicherte hat auch keinen Anspruch gegen den Versicherer auf Zurückstellung der Prämienreserve (Anm. 24: Literatur hierzu!). Diese Rückstellungspflicht hat der Versicherer nur dem Staate gegenüber, der die Rückstellung vorschreibt (53). Das Rücktrittsrecht des Versicherers ist eine Eigentümlichkeit des Versicherungsvertrages (55). Aber dieses Rücktrittsrecht soll nur dem Versicherten die Möglichkeit geben, weitere Prämienzahlungen zu unterlassen. Daher sind §§ 346 ff. BGB. nicht anwendbar; der Rücktritt wirkt nur für die Zukunft. Er gibt aber dem Versicherten ein Recht auf eine etwaige vom Versicherer gemachte ungerechtfertigte Bereicherung. Diese Bereicherung liegt vor, soweit die Prämienreserve der betreffenden Versicherung aus der Totalreserve ausscheidet und soweit dieses Ausscheiden als Gewinn des Versicherers anzusehen ist (56 ff.). Nur im Falle des Konkurses des Versicherers ist die Bereicherung gesetzlich gleich dem Betrage der Prämienreserve festgesetzt worden (60). Die Einräumung des Rücktrittsrechts bedeutet nicht eine Kulanz des Versicherers, sondern sein Anerkenntnis, daß und wie hoch er bei einem Ausscheiden bereichert ist. Der Versicherte aber erkennt durch sein Einverständnis mit den Versicherungsbedingungen diese Berechnung als für ihn verbindlich an (60). Fraglich ist das Rücktrittsrecht bei Versicherung mit einmaliger Prämienzahlung und bei solcher mit abgekürzter Prämienzahlung, wenn bei dieser Prämienfreiheit eingetreten ist (61). Die Ausübung des Rückkaufsrechts kann zu Sanierungszwecken zeitweilig ausgeschlossen sein (§ 69 PrVUG.). Verfällt während dieser Zeit eine Versicherung mangels Prämienzahlung, so kann der Versicherte erst nach Wiederaufhebung des Verbots den Rückkaufswert verlangen und kann für die Zwischenzeit keine Zinsen fordern (62). Anspruch auf den Rückkaufswert wird auch in den Fällen unfreiwilliger Beendigung des Versicherungsvertrags gewährt, ist aber nicht zugelassen im Betrugsfalle (63, 64). Beleihung der Police ist nur dann ein echter Darlehnsvertrag, wenn — was nicht stets der Fall ist — der Versicherte nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Rückzahlung hat (vgl. auch **RG.** 21. 1. 02, Neumanns ZVersWes. 02 Ziff. 4). Andernfalls liegt eine bloße Vorauszahlung auf die künftige Versicherungssumme vor. Nicht entscheidend ist die in beiden Fällen übliche Zinsenpflicht, die nur aus versicherungstechnischen Gründen besteht (64 ff.). f) Vgl. auch Rau, Zur Frage der Verwendung der Lebensversicherung zu Sicherungszwecken nach deutschem Rechte, AssekJ. 06 32 ff.

Abs. 2. 1. Wörner, VV. 50 ff. Beim Vorliegen allgemeiner Versicherungsbedingungen beruht das Versicherungsverhältnis nicht nur auf der Satzung, sondern auch auf den gleichfalls zum Vertragsinhalt erhobenen allgemeinen Versicherungsbedingungen.

2. Wörner, VV. 59. Allgemeine Versicherungsbedingungen der Gegenseitigkeitsvereine bedürfen im Gegensatze zur Satzung keiner Beurkundung, keiner Einreichung zum Handelsregister, keiner besonderen Stimmenmehrheit und keiner Einreichung zum Register bei Abänderung. Daher ist empfehlenswert die Scheidung von Satzung und allgemeinen Bedingungen.

Abs. 3. **a)** Wörner, VV. 56. Keine Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen stellen dar: die sog. Selbstversicherung (nur teilweise Annahme des Versicherungsvertrags, wobei ein Rest unversichert bleibt) und bloße Berichtigungen offenbarer Schreib- und Rechenfehler. Verstoß gegen die vorgeschriebene Verwendung der allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen

begründet keine privatrechtliche Nichtigkeit, sondern nur Schadensersatzpflichten. **b**) Moldenhauer, Auff. 133. Eine ausnahmsweise erfolgende Abweichung von den allgemeinen Bedingungen ist keine Abweichung vom Geschäftsplane, wohl aber eine fortgesetzt erfolgende. **c**) Wegen der privatrechtlichen Folgen des Zuwiderhandelns gegen Abs. 3: vgl. im übrigen zu § 10.

§ 10. I. Abs. 1. 1. *Toop, Rechtliche Bedeutung des § 10. § 10 verlangt nicht ein besonderes Blatt für die Empfangsbescheinigung; es genügt eine besonders datierte und besonders unterschriebene Erklärung auf der Police. So auch sämtliche Kommentare und VAPrV. **1** 190, **2** 114 (18). Mit Rücksicht auf die Antragsbindung darf die Empfangsbescheinigung kein früheres Datum als der Antrag tragen (so auch VAPrV. **2** 114); nur wenn der Antragsteller seine Bindung ausgeschlossen hat, darf die Empfangsbescheinigung später als der Antrag, nie aber später als die Annahme datiert sein (19). Bei Abschluß mehrerer gleichartiger Versicherungen eines Nehmers bei einer Gesellschaft genügt einmalige Übergabe und Empfangsbescheinigung (20). Bei Prolongationen und Neudeklarationen einer bereits bestehenden Versicherung ist, wenn die allgemeinen Versicherungsbedingungen unverändert bleiben, § 10 nicht anzuwenden (vgl. VAPrV. **1** 16, **2** 114). Das gleiche gilt bei Nachträgen, wenn sie nur die Anzeige einer Orts- oder Bauveränderung ohne Prämienänderung oder den Wegfall bzw. das Hinzukommen von Versicherungsgegenständen mit Veränderung der Versicherungssumme oder den Wegfall bzw. die Begründung einer Selbstversicherung (Partizipierung des Versicherungsnehmers am Schaden) unter Beibehaltung der Versicherungsbedingungen betreffen. Anders dagegen, wenn die Nachträge den Wechsel der Person des Versicherungsnehmers betreffen selbst bei unverändertem Beibehalte der Versicherungsbedingungen, außer, wenn der Wechsel zufolge Gesetzes (ALR. II. 8 § 2163) oder zufolge Universalsukzession erfolgt (21 ff.). Nur Empfangsbescheinigung, nicht Übergabe der — unverändert gebliebenen — Bedingungen ist nötig, wenn der Vorbesitzer dieselben dem Nachfolger bereits übergeben hatte, oder wenn der Versicherungsnehmer unter den gleichen Bedingungen eine andere oder noch eine weitere Versicherung mit demselben Versicherer eingeht. Dem Mitglied eines V. a. G. brauchen, wenn er noch einem anderen Versicherungszweige desselben Vereins beitritt, nur die diesen Zweig betreffenden Bedingungen übergeben zu werden (24 ff.). Zu erteilen hat die Empfangsbescheinigung der Versicherungsnehmer, eventuell sein gesetzlicher Vertreter. Genügend ist die Erteilung durch den falsus procurator, wenn der Vertretene genehmigt. Der Nießbraucher (§ 1045 BGB.) hat selbst zu versichern und die Bescheinigung zu erteilen, ebenso der versichernde Nutznießer (Ehemann, Vater) (26 ff.).

2. Wörner, VV. 45 ff. Nach § 10 PrVUG. müssen die allgemeinen Versicherungsbedingungen spätestens zur Zeit der Einreichung des bindenden Versicherungsantrags ausgehändigt sein. Die Unterzeichnung der Empfangsbescheinigung darf kein späteres Datum tragen.

3. Moldenhauer, Auff. 132. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen müssen vor Eintritt der Gebundenheit des Versicherungsnehmers ausgehändigt, die Empfangsbescheinigung aber muß wenigstens vor Abschluß des Vertrags erteilt werden. § 10 gilt nicht: bei Prolongationen unter den alten Bedingungen und bei Ausstellung von Veränderungsgenehmigungen, abgesehen von Besitzwechsel (soweit noch § 2163 ALR. II. 8 gilt).

4. VAPrV. **2** 32. § 10 Abs. 1 findet beim Besitzwechsel dann keine Anwendung, wenn ein Abschluß eines Versicherungsvertrags um deswillen nicht vorliegt, weil kraft Gesetzes ohne weiteres Rechte und Pflichten aus dem Ver-

sicherungsvertrage beim Besitzwechsel auf den Rechtsnachfolger übergehen (so § 2163 ALR. II. 8).

5. VAPrV. 1 16. § 10 Abs. 1 gilt überall da, wo der Vertrag sich nicht als unmittelbare Fortsetzung oder Ersatz eines früheren, unter den gleichen Personen und den gleichen allgemeinen Versicherungsbedingungen geschlossenen Vertrags darstellt. Er gilt nicht: bei Nachversicherungen, Personen- und Bedingungsgleichheit mit der Hauptversicherung vorausgesetzt, wohl aber bei Veränderungsgenehmigungen (Nachträgen usw.), die einen Besitzwechsel betreffen.

6. VAPrV. 2 114. Erneute Aushändigung der allgemeinen Versicherungsbedingungen ist nötig bei neuem Vertrage, wenn dieser nicht die unmittelbare Fortsetzung, Ergänzung oder Ersatz des früheren Vertrags zu gleichen Bedingungen darstellt; sie ist nicht nötig bei Nachversicherungen, wohl aber bei den einen Besitzwechsel betreffenden Veränderungsgenehmigungen.

7. VAPrV. 1 110. Verwendung eines besonderen Formulars ist nicht nötig; es genügt eine den Empfang der allgemeinen Versicherungsbedingungen bestätigende, auf dem Antragsformulare befindliche, besonders datierte und unterschriebene Erklärung.

8. RG. PosMschr. 06 85, VAPrV. 5 78 (Anh.). Wenn dem Versicherungsnehmer gemäß § 10 PrVUG. andere allgemeine Versicherungsbedingungen ausgehändigt waren, als die Police später enthielt, so muß die Gesellschaft die dem Versicherten vorher ausgehändigten Bedingungen gegen sich gelten lassen, wenn sie nicht bei Übersendung der Police ausdrücklich auf die Abweichung hingewiesen oder nach § 119 BGB. angefochten hat. Der Versicherungsnehmer kann zunächst damit rechnen, daß die Police keine abweichenden Bedingungen enthält; eine nochmalige Durchsicht liegt ihm nicht ob. Diese Auffassung, mit der der Versicherungsnehmer verkehrsüblich rechnen durfte, muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen und kann sich nicht beschwert fühlen, wenn in ihrem Verhalten eine uneingeschränkte Annahme des Versicherungsantrags erblickt wird.

Abs. 3. 1. VAPrV. 5 25. Ausnahme von vorheriger Aushändigung der allgemeinen Versicherungsbedingungen ist gestattet worden bei Versicherungen gegen Wasserleitungsschäden, deren Abschluß im Börsenverkehr erfolgt.

2. VAPrV. 1 190. Gemäß § 10 Abs. 3 wird die Verpflichtung aus § 10 Abs. 1 bei Einbruchsversicherungen erlassen, die auf der Börse geschlossen werden und bei denen die allgemeinen Versicherungsbedingungen sich auf der Polize befinden.

II. Privatrechtliche Folgen des Zuwiderhandelns gegen § 10 und § 9. 1. a) *Toop aaO. 30 ff. Nichtbeobachtung von § 10 hat nicht nach § 134 BGB. zivilrechtliche Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, da dies den Interessen der Versicherten widerstreiten und der Tendenz des Gesetzes, das nur verwaltungsrechtlich eingreifen will, nicht entsprechen würde, und weil überdies auch in dem ähnlichen Falle des § 9 Abs. 3 nach dessen Entstehungsgeschichte keine Nichtigkeit bei Nichtbefolgung Platz greift (so auch Alexander-Katz 39, Könige 35, Deybeck 29, 35 ff.). Ebensowenig gilt § 125 BGB., zumal § 10 nicht den Versicherungsantrag formalisieren will. Wohl aber ist § 10 ein Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB., und der Versicherer haftet gemäß § 823 Abs. 2 BGB. bei Nichbeobachtung des § 10. Dies ergibt sich aus § 64 und dem auf den Schutz der Versicherten gerichteten Zweck des Privatversicherungsgesetzes. b) *Behrend, GoldschmidtsZ. 55 41. Ob §§ 9, 10, welche die Bedeutung der allgemeinen Versicherungsbedingungen behandeln, entgegen der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdrucke gebrachten Ansicht, auch privatrechtlich bedeutsam sind, ist zweifelhaft. Der Versicherte hat Anspruch auf Aushändigung von Verträgen,

die unter Verletzung des § 9 Abs. 3 geschlossen werden, sie sind aber nicht nach § 134 BGB. nichtig; es muß § 823 Abs. 2 BGB. hier Platz greifen.

2. **a**) Wörner, VV. 13. § 9 Abs. 3, § 10 Abs. 1 enthalten keine unmittelbar privatrechtlichen Vorschriften; Zuwiderhandlungen setzen den V. a. G. dem verwaltungsrechtlichen Einschreiten und der Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB. aus, begründen aber keine Vertragsnichtigkeit nach §§ 125, 134 BGB. **b**) Moldenhauer, Auff. 133. § 9 Abs. 3 und § 10 haben keine privatrechtliche Bedeutung; Abmachungen machen den Vertrag nicht nichtig. **c**) LG. Colmar, VAPrV. 4 87 (Anh.). Die Verletzung von § 10 Abs. 1 macht den Versicherungsvertrag nicht nichtig. **d**) Für die privatrechtliche Unerheblichkeit von Anstiften gegen § 9 Abs. 3 und § 10 auch Zehnter (s. o. zu §§ 1 ff. und 3).

3. **a**) Manes, Komm. 73, 74. Zuwiderhandlungen bedingen Nichtigkeit des Vertrags. **b**) Zalud, Die zivilrechtliche Bedeutung der Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen (Masius' Rundsch. **15** 103 ff.). Es ist der Ansicht von Manes (73, 74) beizutreten. § 9 Abs. 3 enthält eine materiellrechtliche Vorschrift über den Versicherungsvertrag, deren Nichtbeobachtung Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat. Z. stützt sich auf § 134 und auf §§ 125, 126 BGB. (es ist Schriftlichkeit der Abweichungen durch § 9 Abs. 3 gefordert) und auf das durch § 9 Abs. 3 modifizierte Erfordernis der Willenseinigung.

§ 11. Abs. 1 Satz 2 (Zillmerei). I. Zweckmäßigkeit der Zillmerei. 1. Rehm, AssekZ. **04** 16 ff. sucht den handelsrechtlichen Beweis der Gefährlichkeit der Zillmerei zu führen. Er legt dar, daß die Zillmersche Berechnung des Prämienreservefonds ihrer handelsrechtlichen Natur nach unter den Begriff der Ansetzung von Verwaltungsausgaben als Vermögenswerte falle, daß § 11 PrVUG. den Grundsatz, daß Verwaltungskosten nicht als positive selbständige Vermögenswerte beachtet werden dürfen, durchbreche und dadurch die Gefahr einer Doppelbewertung wirtschaftlicher Güter zum Nachteile der Versicherten herbeiführe entgegen dem nach § 36 PrVUG. auch für größere Vereine geltenden § 261 Ziff. 4 HGB.

2. Hiergegen Radtke, NeumannsZVersWes. **04** 41 ff.

3. Gegen Rehm auch Tarnke in TarnkesAnn. **04** 1 ff. Die Zillmerei ist die einzig richtige Methode. Es steht ihrer Anwendung § 261 Ziff. 4 HGB. nicht entgegen. Die Abschlußprovisionen gehören nicht (wie die Inkassoprovisionen) zu den Verwaltungsunkosten, auch stellen sie — soweit sie vor der Gesellschaftserrichtung aufgewendet sind — keine Errichtungs- oder Einrichtungskosten dar. Vielmehr sind sie Anschaffungskosten zur Beschaffung von Betriebsgegenständen. Es findet weder eine doppelte noch eine dreifache Bewertung, wie Rehm meint, statt (vgl. auch TarnkesAnn. **01** 841 uam.).

II. Umfang. 1. Wörner, VV. 194. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 darf bei 1000 M. Versicherungssumme zwischen der Nettoprämie des 1. Versicherungsjahres und der Nettoprämie für die folgenden Jahre höchstens eine Differenz von 12,50 M. bestehen. Ebenso Müller und Prager 61. Dagegen darf nach Rehm 76, Könige 38, Manes 79 bei 1000 M. Versicherungssumme nicht mehr als 12,50 M. der normalen Prämienreserven des 1. Jahres zur Unkostendeckung verwendet werden.

2. Moldenhauer, AssekZ. **04** 51. Ausländische Unternehmungen dürfen die außerdeutschen Prämienreserven auch stärker zillmern, als es nach § 11 zulässig ist; sie laufen aber Gefahr, daß ihnen bei drohender Gefährdung keine Zulassung erteilt wird.

III. Recht zur Zillmerei. Es herrscht Streit, ob § 11 Abs. 1 Satz 2 dahin auszulegen ist, daß in dem dort bezeichneten Umfange die Aufsichtsbehörde die Zillmerei gestatten müsse.

IV. 1. Dafür, daß die Zillmerei im Umfange des § 11 Abs. 1 Satz 2 gestattet werden müsse. **a)** Wörner, VV. 194. **b)** Moldenhauer (Aufs. 16 ff., ZVersWes. 4 499) auf Grund von Entstehungsgeschichte und Zweck des § 11. **c)** Die Kommentare Müller-Prager zu § 11, Alexander-Katz das., wohl auch Manes das. **d)** Ferner spricht sich Ebertzhagen ZVersWes. 2 121 ff., wennschon nicht ganz deutlich, dahin aus. Nach § 11 muß die Zillmerei in dem dort genannten Umfange erlaubt werden. Das ergibt die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Es folgt auch aus § 7 Abs. 1, weil eben der den Vorschriften des § 11 entsprechende Geschäftsplan „den gesetzlichen Vorschriften nicht zuwiderläuft". Zweckmäßig wäre aber authentische Interpretation.

2. Gegen diese Ansicht die Kommentare von Rehm 76, Könige 39, Zehnter 27, ferner anscheinend auch Müller, TarnkesAnn. **02** 62.

3. Vermittelnd Knebel-Döberitz zu § 11, der es dem Ermessen der Aufsichtsbehörde anheimgeben will, inwieweit der Wortlaut des Gesetzes hinter der Tendenz des Antrags Müller-Meiningen und Müller-Sagan (der zur Aufnahme des § 11 Abs. 1 Satz 2 führte und der von den Antragstellern i. S. der zu II erwähnten Ansicht eingebracht war) zurückstehen müsse.

4. Zweifelnd: Deybeck 31 und Naundorff 23.

5. Vgl. noch Könige, R. **02** 200. Eine authentische Interpretation durch den Reichskanzler ist unzulässig. Müßte die Aufsichtsbehörde das Zillmern dulden, so tauchte die Frage auf, ob auch noch rückwärts von denjenigen Anstalten gezillmert werden könnte, die bisher nicht gezillmert haben. Oberstes Prinzip für die Aufsichtsbehörde muß bei Entscheidung über die Erlaubnis immer sein, daß die Prämienreserve zur Sicherstellung einer dauernden Erfüllung der Versicherungsverpflichtungen ausreicht und die Interessen der Versicherten nicht gefährdet werden.

§ 12. Vgl. wegen der Haftpflichtvers. VAPrV. **3** 113.

§ 13. 1. VAPrV. **2** 33. Wenn eine Versicherungsgesellschaft eine ihr in einem Bundesstaate erteilt gewesene Konzession nach dem am 1. 1. 02 geltenden Geschäftsplane nicht mehr ausübt, so liegt, wenngleich noch eine Anzahl Versicherungen in jenem Bundesstaate bestehen, eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebs im S. von § 93 PrVUG. nicht vor, wenn später die Gesellschaft die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit in jenem Bundesstaate beschließt. Es liegt vielmehr eine genehmigungsbedürftige Geschäftsplanänderung vor i. S. von § 13 PrVUG.

2. VAPrA. **2** 116. Inländische Unternehmungen bedürfen der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde auch bei Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebs auf ausländisches Gebiet (VAPrV. **2** 115). Vor Erteilung der Genehmigung zu Änderungen des Betriebsplans darf der entsprechend geänderte Betrieb nicht aufgenommen werden.

3. VAPrV. **5** 61 macht die Erlaubnis inländ. FeuerversGesellschaften zu ausländischem Geschäftsbetriebe abhängig von der Übernahme der Verpflichtung zur Einholung der Genehmigung des APrV. zur Bestellung etwaiger vom Auslande geforderter Kautionen.

4. VAPrV. **1** 15. Auch eine ausländische Unternehmung (Mutual, Equitable), die nach dem Inkrafttreten des PrVUG. ihren Geschäftsbetrieb völlig eingestellt hat, bedarf bis zur vollständigen Abwickelung des inländischen Versicherungsgeschäfts zu Änderungen des Geschäftsplans der aufsichtsbehördlichen Genehmigung und hat Veränderungen der im Handelsregister eingetragenen Tatsache zu diesen anzumelden. Im übrigen ist jedoch die Gültigkeit von Statutenänderungen nach ausländischem Rechte zu entscheiden.

§ 14. Abtretung des Portefeuilles, Bestandsveräußerung, Fusion 2c. 1. Ehrenberg, Die Abtretung des Portefeuilles, ZVersWiss. 04 24 ff., gelangt zu folgenden „Resultaten" (§ 8): I. Durch Abtretung des Portefeuilles wird bezweckt, daß der Übernehmer nicht nur als Gläubiger, sondern auch als Schuldner der Versicherten an die Stelle der versichernden Gesellschaft tritt. Diese Wirkung tritt ein: A. für die Mitglieder der Gegenseitigkeitsvereine ohne deren Zustimmung. Der Beschluß des obersten Vereinsorgans ist für sie verbindlich. Das gilt ganz ohne Bedenken für alle Gegenseitigkeitsgesellschaften, die dem PrVAG. unterstehen. Es gilt auch für alle bereits vor dem 1. 1. 02 aufgelösten Gegenseitigkeitsvereine, und zwar ohne jeden Zweifel dann, wenn die Vereinssatzung dies ausdrücklich anordnet oder die Art und Weise der Liquidation dem Beschlusse der Gesellschaftsorgane überläßt. Aber auch, wenn das Statut hierüber schweigt, ist dasselbe anzunehmen, und nur, wer hierzu nicht zustimmt, wird zu der unerwünschten Konsequenz gedrängt, daß die alte Gesellschaft „in Liquidation" weitergeführt und ihr Vermögen getrennt verwaltet werden muß, bis alle Ansprüche der nicht freiwillig zu der neuen Gesellschaft übergetretenen Versicherten befriedigt sind. B. Für alle bei einer Aktiengesellschaft Versicherten hat man zu unterscheiden: 1. Der Beschluß der Generalversammlung auf Abtretung des Portefeuilles unter sog. Verstaatlichung des ganzen Unternehmens (§ 304 HGB.) ist für alle Versicherten wirksam. Der übernehmende Staat oder Kommunalverband tritt hier auch ohne ihre Zustimmung an die Stelle der zedierenden Gesellschaft. 2. In allen anderen Fällen gilt dasselbe nur bezüglich der freiwillig zu der neuen Gesellschaft übertretenden Versicherten (ihr Übertritt kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen). Die übrigen behalten ihre Stellung als Gläubiger der alten Gesellschaft und daher ist a) die alte Gesellschaft „in Liquidation" weiterzuführen bis zur Beendigung aller solchen Versicherungsverhältnisse. Nur im Falle einer Fusion (§ 306 HGB.) kann dies durch Vereinbarung zwischen den beiden Aktiengesellschaften ausgeschlossen werden, so daß die neue Gesellschaft alleiniger Schuldner des Versicherten wird. Aber auch in diesem Falle ist b) entweder das Vermögen der abtretenden Gesellschaft getrennt zu verwalten oder den Versicherten wegen der künftigen Befriedigung ihrer Ansprüche Sicherheit zu bestellen. C. Für die bei einem Gegenseitigkeitsvereine versicherten Nichtmitglieder gelten die unter B 2 angegebenen Grundsätze mit der Einschränkung, daß eine „Fusion" im Rechtssinne hier nicht vorliegt. II. Ein Recht, vom Versicherungsvertrage wegen der mit Abtretung des Portefeuilles verbundenen Vermögensveräußerung zurückzutreten, kann 1. den Mitgliedern eines Gegenseitigkeitsvereins schon deshalb nicht zuerkannt werden, weil der Beschluß des obersten Organs für sie verbindlich ist. 2. Aber auch wenn man eine solche Verbindlichkeit in gewissen Fällen nicht zuerkennt (oben I A), ist dieses Recht den Mitgliedern und ebenso den versicherten Nichtmitgliedern eines Gegenseitigkeitsvereins, endlich auch den bei einer Aktiengesellschaft Versicherten zu versagen, falls die Abtretung des Portefeuilles von der Aufsichtsbehörde genehmigt ist. 3. Soweit eine solche Genehmigung nicht erfolgen konnte, weil die betreffende Gesellschaft vor dem 1. 1. 02 aufgelöst wurde, haben solche Versicherte das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist vom Versicherungsvertrage zurückzutreten, es sei denn, daß nach sachverständigem Gutachten eine Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Lage infolge der Abtretung des Portefeuilles nicht eingetreten ist. Dieser Rechtssatz gilt also auch für die Mitglieder einer vor dem 1. 1. 02 aufgelösten Gegenseitigkeitsgesellschaft, falls man von der oben bekämpften Annahme ausgeht, daß für die Mitglieder eines solchen Vereins der Beschluß des obersten Organs auf Abtretung des Portefeuilles nur dann verbindlich ist, wenn

die Satzung des Vereins eine solche Abtretung oder wenigstens die Art und Weise der Liquidation der Beschlußfassung der Vereinsorgane überläßt.

2. Moldenhauer, Auff. 126. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung zu einer Bestandsveränderung hat keine privatrechtliche Bedeutung, da niemand ohne seinen Willen gezwungen werden kann, einen anderen Schuldner anzunehmen.

3. Rehm (2) 110. a) Bei Abtretung des Portefeuilles bei einem V. a. G. werden die Mitglieder, wenn sie nicht zustimmen, zwar nicht Mitglieder des neuen Vereins, wohl aber Gläubiger (Versicherte). b) Bei Abtretung an eine AktGes. endigt die Mitgliedschaft. c) Bei Abtretung einer AktGes. an V. a. G. ist ebenfalls eine ausdrückliche oder konkludente individuelle Beitrittserklärung nötig.

4. Wörner, VV. 170 ff. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Bestandsveränderung hat keinerlei zivilrechtliche Bedeutung. Gesamtbestandsveränderung erfolgt durch Beschluß auf Auflösung des V. a. G. und Beschluß auf Generalliquidation, d. h. auf Abschluß gleichartiger Versicherungsverträge für die Mitglieder mit einer anderen Unternehmung. Die Generalliquidation wirkt aber nur gegen die der Auflösung zustimmenden Mitglieder. Die Versicherungsverhältnisse der übrigen Mitglieder erlöschen. Forthaftung des veräußernden Vereins nur bei Lebensversicherung. — Ebenso wirkt Teilbestandsveränderung nur gegen die der beschlossenen Auflösung eines Teiles der Versicherungsverhältnisse zustimmenden Mitglieder. Diejenigen der nicht zustimmenden Mitglieder erlöschen. Kein Sonderrecht auf Verbleib im Verein. — Dies gilt dann, wenn der Übernehmer Aktiengesellschaft oder Einzelperson ist. — Ist der Übernehmer V. a. G., so ist kein Auflösungsbeschluß nötig. Es muß vielmehr die Übertragung der Versicherungsverhältnisse der zustimmenden Mitglieder an den anderen V. a. G. und sodann der Ausschluß der nicht zustimmenden Mitglieder beschlossen werden.

5. Moldenhauer, ZVersWiss. **04** 499. Bei einer Teilbestandsveränderung bleibt der Verein bestehen. Es ist kein Grund einzusehen, weshalb die Versicherungsverhältnisse der nicht zustimmenden Mitglieder erlöschen sollen. In diesem Falle besteht das von Wörner geleugnete Sonderrecht der Mitglieder auf Verbleib im Vereine.

6. OLG. Colmar, VAPrV. **3** 291. Abtretung des Portefeuilles und Fusion geben nur dann dem Versicherten ein Vertragsrücktrittsrecht, wenn durch sie eine so wesentliche Änderung eintritt, daß ernste Gefahr besteht, der Versicherer werde seine Vertragspflichten nicht erfüllen können; der Liquidationszustand an sich gibt kein Rücktrittsrecht.

7. Fusion von Gegenseitigkeitsvereinen. VAPrV. **3** 95 ff., **4** 73. Der einzelne kann ordnungsgemäßen Fusionsbeschlüssen nicht widersprechen. Er kann nur ausscheiden. Einen Rückgabeanspruch (auf Prämie oder Reserve) hat er nicht. Scheidet er nicht aus, so kann er nur Sicherstellung seines Versicherungsanspruchs verlangen. Diese Sicherstellung kann aber gerade durch die Fusion gegeben sein und ist gegeben, wenn die Fusion aufsichtsbehördlich genehmigt wird.

8. Fusion einer Gegenseitigkeits- und einer Aktiengesellschaft. **a) RG. 56** 292, VAPrV. 3 62, JW. **04** 150. Die Fusion ist eine Art der Liquidation. Ist also letztere satzungsgemäß beschlossen, so ist der Fusionsvertrag für alle Mitglieder bindend, selbst wenn nicht eine andere Gegenseitigkeits-, sondern eine Aktiengesellschaft das Portefeuille übernimmt. **b)** OLG. Hamburg, VAPrV. 5 43 (Anh.). Abtretung des Portefeuilles einer Gegenseitigkeits- an eine Aktiengesellschaft gilt als Art der Liquidation. Die Versicherten sind gebunden, wenn statutenmäßig die Art der Liquidation von der Generalversammlung

zu beschließen ist und diese jene Art beschlossen hat. **c**) OLG. 8 178 (Hamburg). Das Mitglied einer Gegenseitigkeitsgesellschaft braucht sich nicht als Schuldner eine andere VersUnternehmung, insbesondere nicht eine Aktiengesellschaft aufdrängen zu lassen. Es ist ein unantastbares Individualrecht jedes Mitglieds, daß ihm die Gesamtheit des Vereins für seine VersAnsprüche haftet. Eine Entziehung dieses Rechtes durch Generalversammlungsbeschluß ist selbst dann unmöglich, wenn statutenmäßig die Generalversammlung in einer für alle Mitglieder rechtsverbindlichen Weise über alle Angelegenheiten entscheidet, die auf Beschluß des Aufsichtsrats oder auf Antrag der Direktion ihr unterbreitet werden. Es liegt kein Rückversicherungsvertrag, sondern eine Schuldübernahme vor, wenn die übernehmende Gesellschaft das Vermögen der alten Gesellschaft, sowie die Erfüllung der Versicherungen derselben als eigene Schuld und aus eigenen Mitteln übernimmt.

9. Fusion von Versicherungsaktiengesellschaften. **a**) KG., VAPrV. 5 40 (Anh.) Fusion berechtigt die Versicherten zur Lösung der Verträge dann nicht, wenn sie nicht gefährdet sind. Eine Gefährdung ist nicht anzunehmen, wenn das Aufsichtsamt die Fusion erlaubt hat. Fusion bewirkt Universalsukzession; die übernehmende Gesellschaft tritt in die Versicherungsverträge ein. **b**) Ebenso OLG. Dresden, VAPrV. 5 41 (Anh.) und SächsRpflA. **06** 184, jedoch mit der Abweichung. Fusion bewirkt keinen Eintritt der anderen Gesellschaft in die Verträge. Es liegt nur Schuldübernahme vor. Genehmigt der Versicherte nicht, so ist er — mangels Gefährdung — an seinen Vertrag mit der alten Gesellschaft, die als Liquidationsgesellschaft fortbesteht, gebunden. Es gelten dann §§ 415 Abs. 3, 329 BGB. **c**) VAPrV. 4 72. Bei Fusion von Lebensversicherungsaktiengesellschaften ist wörtliche Anwendung der Vorschriften von § 303 Abs. 3 § 301 Abs. 3 HGB. unmöglich. Es muß genügen, wenn ein nach Ermessen der Aufsichtsbehörde sicherer und zur gesetzlichen Belegung der Gesamtversicherungs-Prämienreserve fähiger anderer Versicherer in die Verträge eintritt. **d**) **RG. 60** 56—65, VAPrV. 4 35 (Anh.), BöhmsZ. **16** 259 ff. Nur nach den besonderen Normen des Versicherungsrechts, nicht nach allgemeinem bürgerlichen Rechte (§ 325 BGB.) ist es zu beurteilen, ob ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände in der Person des Versicherers besteht. Der Zweck des Versicherungsgeschäfts (Sicherung gegen die Folgen eines irgendwie wirtschaftlich nachteiligen Ereignisses) bleibt bei Versicherungsgesellschaften regelmäßig nur erreichbar, solange deren wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen im wesentlichen erhalten bleiben. Er ist gefährdet, wenn diese Grundlagen, soweit auf deren Fortbestand der Versicherte bei Vertragsschluß rechnen durfte, durch Handlungen der Gesellschaft beseitigt oder erheblich verändert werden. Nach Treu und Glauben kann dann der Versicherte wegen Unsicherheit des Versicherers den Vertrag auflösen. Es braucht sich — abgesehen von den Fällen der Gesamtnachfolge — kein Gläubiger einen anderen, wennschon zahlungsfähigeren Schuldner aufdrängen zu lassen. Die Fusion aber bedeutet materiell einen Wechsel in der Person des Schuldners. Eine Verpflichtung, mit der aufnehmenden Gesellschaft zu kontrahieren, besteht nicht. Eine etwaige Erfüllungsübernahme der anderen Gesellschaft ist für die Frage, ob der Versicherte an seinen Vertrag gebunden ist, ohne Belang. — Liquidation und Fusion rechtfertigen nur dann die Vertragslösung nicht, wenn die Rechte der Gläubiger ausreichende Berücksichtigung finden. Daran fehlt es aber, wenn die übertragende Gesellschaft sich ihres Vermögens entäußert und an dessen Stelle lediglich die Garantie der anderen Gesellschaft setzt. — Daß die Statuten die Fusion gestatten, kommt nur in Betracht, wenn der Inhalt der Statuten einen Bestandteil der Versicherungsbedingungen bildet (vgl. den Fall o. unter 6a). Die Statthaftigkeit der Fusionsliquidation ist im Verhältnis deutscher Versicherten

zu ausländischen Gesellschaften nach deutschem Rechte zu beurteilen. Hierzu vgl. Rehm 85, AnnVersWes. **04** 905 ff., **05** 101 ff. **e**) KG., VAPrV. **4** 89 (Anh.). Fusion macht, wenn die Sicherheitsvorschriften des BGB. gewahrt sind, der veräußernden Gesellschaft die Leistung nicht unmöglich; der Versicherte kann daher nicht die Prämienzahlung verweigern, er behält seine alten Ansprüche.

10. Vgl. übrigens u. zu §§ 43, 44.

11. MecklZ. **24** 2 (Rostock). Kein Rücktrittsrecht deshalb, weil dem Mitgliede zur Zeit des Beitritts die schlechte Vermögenslage der Gesellschaft nicht bekannt war.

12. KG., KGJ. **25** A 286. Eine Gegenseitigkeitsgesellschaft, die sich auflöst und ihren Gesamtversicherungs- und Vermögensbestand an eine zu diesem Zwecke neu zu gründende Aktiengesellschaft veräußert, muß, um der neuen Gesellschaft das Eigentum an ihrem Grundstücke zu verschaffen, die Grundstücke auflassen, weil 2 verschiedene Rechtssubjekte vorliegen, und es ist zur Auflassung und zur Entgegennahme Genehmigung notwendig.

III. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Zu §§ 15 ff. 1. Über die privatrechtliche Bedeutung der §§ 15 ff.: Zehnter, ABürgR. **20** 6 ff., und Ehrenberg, ZVersWiss. **04** 36.

2. Darüber, daß zur Entstehung einer Versicherungsgesellschaft a. G. (gemeines Recht) die Gründung durch Mitglieder — Versicherte — nicht bloße Projektanten nötig ist, vgl. SächsOLG. **22** 227 ff.

§ 15. 1. *Lessing, SächsA. **12** 1 ff. Im „V. a. G." wird eine neue Form von rechtsfähigen Vereinen geschaffen. Der V. a. G. entsteht durch Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Das Konzessionsprinzip ist streng durchgeführt, so daß die Zulassung des Verwaltungsamts den Verein selbst dann zur Entstehung bringt, wenn die Normativvorschriften des Gesetzes ganz oder teilweise nicht beobachtet werden. Der V. a. G. ist in seiner rechtlichen Stellung und in seinen Organen wie die Aktiengesellschaft gebildet, unterscheidet sich aber von dieser dadurch, daß ein jedes Vereinsmitglied in einem Versicherungsverhältnisse zum Verein steht und zur Deckung der Vereinsausgaben beizutragen, andererseits aber neben dem Anrechte auf die Versicherungssumme auch noch Ansprüche auf etwaige Überschüsse hat; das Gesetz gestattet auch sogenannte „gemischte Vereine", die neben ihrem gewöhnlichen Betriebe mit dritten Personen, die nicht Mitglieder des Vereins werden dürfen, Versicherungsgeschäfte gegen feste Prämien betreiben können.

2. Wörner, VV. 28 ff. scheidet: Neue und ältere, große und kleinere, einfache und hervorgehobene, gemischte, ausl. V. a. G.

3. Rolfs, Begriff des kl. Vereins 8. Gegenseitigkeitsvereine bestehen künftig entweder als rechtsfähige V. a. G. (nämlich a) die neu entstehenden, b) die bestehenden rechtsfähigen, c) die bestehenden nichtrechtsfähigen, deren Zulassung nach Maßgabe des PrVUG. von der Aufsichtsbehörde verlangt ist) oder als nichtrechtsfähige Vereine nach Landesrecht oder nach § 54 BGB. (nämlich die bereits bestehenden, nichtzugelassenen, nichtrechtsfähigen Vereine).

4. Wörner, VV. 23. Ob andere (z. B. gesellige) Zwecke überwiegen, ist für die Auffassung eines Vereins als V. a. G. belanglos.

5. Rolfs, Begriff des kl. Vereins 7/8. Festgeschlossene gesellschaftliche Vereinigungen, die durch Verteilung der ihre Mitglieder treffenden Schäden ebenfalls Versicherungszwecke verfolgen (z. B. die Vereinigung der Privateisenbahnen zur Tragung der Haftpflicht, Vereinigungen von Viehbesitzern zur Tragung gewisser Viehschäden), können sich auch künftig frei bilden, weil sie

nicht Unternehmungen sind, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstande haben.

6. KG., RJA. **7** 109 ff., ZBlFG. **7** 139 ff. Die früher nicht unbestrittene Frage, ob Versicherung auf Gegenseitigkeit in der Form einer Genossenschaft betrieben werden könne, ist jetzt unbedingt zu verneinen. Der Genossenschaftsrichter muß der Neubegründung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit die Eintragung im Genossenschaftsregister versagen. Ist die Eintragung trotzdem erfolgt, so ist Löschung von Amts wegen zulässig.

7. VAPrV. **3** 86. Zulässig sind als Einrichtungen industrieller oder kommerzieller Betriebe solche Pensionsgegenseitigkeitsgesellschaften, deren Mitglieder nur die Firmeninhaber sind, während die Angestellten zwar unmittelbare Rechte an die Gesellschaft haben, aber ihrerseits Beiträge nur zufolge Dienstvertrags und nur an ihre Arbeitgeber leisten.

8. Wörner, VV. 36. Die Zulassung wirkt nicht vom Zeitpunkt ihres Ausspruches, sondern von dem ihrer Rechtskraft. Hiermit entsteht der V. a. G., nicht erst mit etwaiger Eintragung im Handelsregister.

9. Parteifähigkeit von Gegenseitigkeitsgesellschaften. **a**) LG. Altona, DJZ. **00** 236 und **b**) OLG. **4** 200 (Kiel). Rechts- und Parteifähigkeit eines V. a. G. bestimmen sich auch nach Inkrafttreten des BGB. nach früherem Rechte. **c**) SchlHolstAnz. **05** 100 ff. (Kiel). Die Frage nach der Parteifähigkeit einer Gegenseitigkeitsgesellschaft gehört nicht dem Versicherungs-, sondern dem Vereinsrechte an. AM. OLG. Kiel (derselbe Senat), SchlHolstAnz. **02** 164; vgl. auch SchlHolstAnz. **02** 353. Durch nachträglich erfolgte Erlaubniserteilung seitens des APrV. und Eintragung im Handelsregister kann der ursprüngliche Mangel der Parteifähigkeit nicht geheilt werden. **d**) Über die Frage, ob der Direktor einer Gegenseitigkeitsgesellschaft im Namen aller Mitglieder klagen kann, vgl. **RG.** JW. **04** 178, OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 102.

10. VAPrV. **5** 112. Die Eintragung der von einem nicht rechtsfähigen Berufsverein erworbenen Hypotheken auf den Namen der angegliederten Sterbekasse ist unzulässig.

11. OLG. Posen, VAPrV. **3** 171; LG. Hamburg, VAPrV. **2** 135. Unkenntnis der Rechtsform der Versicherungsgesellschaft — ob Gegenseitigkeitsgesellschaft oder nicht — ist, wenn nicht Betrugsanfechtung begründet ist, unbeachtlich, zumal wenn der Versicherungsnehmer — wennschon wahrheitswidrig — schriftlich über den Empfang der Statuten, die über die Rechtsform Auskunft geben, quittiert hat — oder wenn er bei Einreichung des Versicherungsantrags dem Versicherungsnehmer erklärt hat — er kenne das (— über die Rechtsform Auskunft gebende —) Statut der Gesellschaft (**RG.** VAPrV. **2** 136). — Ferner: BadRpr. **02** 158 (Karlsruhe). Keine Anfechtung wegen Irrtums über den Charakter als Gegenseitigkeitsgesellschaft, wenn der Versicherte das Studium der Statuten unterlassen hat. Daß das Antragsformular über die Nachschußpflicht nichts enthielt, ist gleichgültig. Der Agent ist nicht ohne weiteres zur Aufklärung verpflichtet. Vgl. auch zu §§ 9 u. 10 unter 2; zu § 14 unter 9; zu § 115 unter 1e.

12. Alexander-Katz, AssekJ. **04** 100. § 15 gilt insofern bei ausländischen Gegenseitigkeitsvereinen nicht, als diese schon vor der Zulassung rechtsfähig sein müssen.

§ 16. 1. **a**) Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 534. Die Formulierung des § 16 ist wenig glücklich gegenüber § 17 Abs. 2 GenG. und § 13 Abs. 3 GmbHG. Der V. a. G. muß als wahrer Kaufmann gelten, wenn er nebenbei Vers. gegen feste Prämie, Bankgeschäfte usw. betreibt. **b**) Zehnter, ABürgR. **20** 11. § 16 schließt nicht aus, daß auf Gegenseitigkeitsvereine, die zugleich Versicherung

70*

gegen feste Prämien betreiben, §§ 1—7 HGB. unmittelbare Anwendung finden. c) Wörner, VV. 208. Soweit ein V. a. G. noch Erwerbsgeschäfte (Vers. von Nichtmitgliedern gegen feste Prämie, Bankgeschäfte usw.) betreibt, ist er Kaufmann und wird nicht nur als solcher behandelt.

2. a) Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 533. Anwendbar sind für den V. a. G. vom Handelsrecht die Bestimmungen über die Firma, Handelsbücher, Angestellte, Hilfspersonen, Handelsagenten, §§ 343—372 usw. b) *Lessing, SächsA. **12** 11 ff. § 16 ist insbesondere für die rechtliche Stellung der bei den Gegenseitigkeitsvereinen Angestellten wichtig.

3. a) Wörner, VV. 78. Es finden die Bestimmungen des § 101 GVG. Anwendung; Prozesse, an denen ein V. a. G. beteiligt ist, gehören vor die Kammern für Handelssachen. Aber keine Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts (Rehm 98). b) Meyn, SächsA. **13** 127. Mit Recht bezweifelt Alexander-Katz, Komm. zu § 16, daß aus § 16 auch die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen folge. Ebenso ist es unzutreffend, wenn Könige § 16 Anm. 2, § 30 Anm. 1 meint, daß die Kammern für Handelssachen für die Beschwerde gemäß § 30 FGG. in Ansehung der V. a. G. zuständig seien. GlM. LG. I Berlin, R. **02** 215 Ziff. 1067. c) Marcus, KGBl. **02** 34 ff. Bei V. a. G. ist für Beschwerde nur die Zivilkammer zuständig. § 16 PrVUG. versagt dem V. a. G. die Kaufmannseigenschaft und läßt mangels ausdrücklicher Vorschrift nicht die Anwendung des FGG. auf die V. a. G. zu. d) Hagen, KGBl. **06** 57. Der VV. wird als Kaufmann behandelt, wennschon er nicht Kaufmann ist. Daher ist die Zuständigkeit der K. f. HS. gegeben. Unzuständigkeit der K. f. HS. folgt für Registersachen unmittelbar aus § 47 Satz 4 PrVUG. Das übersieht Marcus aaO. 34/35. e) KG., RJA. **3** 121, KGJ. **24** A 210. Für Beschwerden gegen Ernennung und Abberufung von Liquidatoren eines aufgelösten V. a. G. ist die Kammer für Handelssachen zuständig. Das folgt aus §§ 16 und 47 Abs. 1 PrVUG.

4. Wörner, VV. 78. Nur nach Landesrecht ist zu entscheiden, ob die V. a. G. in steuerlicher Beziehung und hinsichtlich Zugehörigkeit zur Handelskammer als Kaufleute zu behandeln sind.

§ 17. I. Abs. 2. Entbehrt die Satzung der Form des § 17 Abs. 2, ist der Verein aber trotzdem zugelassen, so herrscht Streit, welche Bedeutung dem Formmangel zukommt. Es sind folgende Ansichten vertreten: 1. Der Mangel ist durch die Zulassung geheilt: so Könige, Naundorff, ferner: Moldenhauer, Auff. 12, Zehnter, ABürgR. **20** 11. Ebenso Rehm (2) 99, nach dem aber materielle Verstöße der Satzung gegen privatrechtliche Bestimmungen durch die Genehmigung nicht geheilt werden (vgl. auch Sievers, GoldschmidtsZ. **51** 333). 2. Der Verein ist rechtsfähig, die Satzung aber nichtig: so Alexander-Katz 54 (hiergegen Moldenhauer aaO.). 3. Der Verein ist rechtsfähig, die Satzung und alle Versicherungsverhältnisse nichtig: so Wörner, VV. 82, 40. 4. Zweifelnd Meyn, SächsA. **13** 127.

II. Die erlassenen Mustersatzungen sind zusammengestellt bei Rehm 99.

§ 18. Abs. 2. 1. a) Wörner, VV. 64. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung läßt dem Registerrichter doch freie Entschließung wegen der Zulässigkeit der Firma. b) AM. KG., VAPrV. s. u. zu § 30.

2. *Könige § 18 Anm. 1. Die Ausdehnung des Betriebs eines Versicherungsvereins auf weitere Versicherungszweige bringt die Pflicht zur Firmenänderung nicht mit sich.

3. a) Wörner, VV. 64. Einfügung von „Gegenseitig", „auf Gegenseitigkeit", „a. G.", „V. a. G." in die Firma ist genügend. b) Ebenso Gierke, GoldschmidtsZ. **55** 612. c) Ebenso VAPrV. **2** 116. d) Ebenso KG., VAPrV.

2 133, KGJ. 26 A 69. e) AM. Keyßner, GoldschmidtsZ. 55 294, 304, 612, bekämpft den Beschluß des KG. v. 25. 5. 03, weist auf die Möglichkeit einer Täuschung des Publikums hin und bemerkt, daß ähnliche Abkürzungen (GmbH., eGmbH.) vom AG. Berlin I weder in Handelsregister-, noch in Grundbuchsachen geduldet werden.

4. Zusammenstellung der Muß- und Soll-Vorschriften: Rehm (2) § 18 unter 1.

§ 19. 1. Notwendigkeit vom Vereinsvermögen. **a)** Wörner, VV. 24. Es besteht nach § 19 Satz 1 PrVUG. die rechtliche, nicht nur wirtschaftliche Notwendigkeit eines Vereinsvermögens. **b)** AM. α. Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 537. Vermögensbesitz ist für den V. a. G. juristisch nichtwesentlich. β. Moldenhauer, ZVersWiss. **04** 499 ff. Das Vorhandensein des Vereinsvermögens ist nicht durch das rechtliche Wesen des Vereins bestimmt. Das folgt weder aus den Beitragspflichten, die wegen der begreiflichen Entgeltlichkeit der Versicherung besteht, noch aus § 19 Satz 1, noch aus der — erlaßbaren Pflicht zur Ansammlung eines Reservefonds. γ. Rehm (2) 120. Weder rechtlich noch wirtschaftlich bedarf der V. a. G. an sich des Vermögensbesitzes.

2. Vermögensumfang. **a)** Wörner, VV. 141. Prämienüberträge (im Geschäftsjahr vereinnahmte, aber nicht verdiente — vorausgezahlte — Prämien) sind ebenfalls Vereinsvermögen (ebenso Thaler 814). **b)** Wörner, VV. 141. Durch die Ausschreibung (Feststellung der Höhe und Bekanntgabe an die Mitglieder) ensteht eine feste Forderung des V. a. G. auf die Beiträge (Vorauszahlung, Vorschüsse, Umlagen). Diese ist Bestandteil des Vereinsvermögens und pfändbar (ebenso Könige 53). **c)** Vgl. auch zu § 68: Thaler, Moldenhauer, Wiesner.

3. Haftung. *Könige § 19. Die Satzungen eines V. a. G. dürfen nicht bestimmen, daß die Mitglieder den Vereinsgläubigern haften. Die Privatgläubiger eines Mitglieds können sich nicht an das Vereinsvermögen halten.

§ 20. I. Mitgliedschafts- u. Versicherungsverhältnis. 1. **a)** Zehnter, ABürgR. **20** 12, 14. Bei Gegenseitigkeitsvereinen besteht nur ein Mitgliedschafts- und nicht außerdem noch ein Vertragsverhältnis. Versicherungsverträge gegen feste Prämie sind nur mit Nichtmitgliedern möglich. **b)** Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 566 ff. Das Mitglied schließt mit dem Verein nur einen einheitlichen Vertrag. Dennoch kann z. B. der Vorstand einseitig die Mitgliedschaft aufkündigen, wofern dies nicht (wie bei der Lebensversicherung) unzulässig ist. **c)** Wörner, VV. 80 ff. Erwerb der Mitgliedschaft durch Abschluß des Aufnahmevertrags. Den Vertragsinhalt bilden meist Satzung und allgemeine Versicherungsbedingungen. Vertragsgegner ist der V. a. G. Verbindung von Mitgliedschaft und Versicherungnahme ist unbedingt nötig. Kein besonderer Versicherungsvertrag neben Aufnahmevertrag. Das Mitglied muß Versicherungsnehmer sein. Versicherter (Begünstigter) kann ein Dritter sein. Mitglied kann auch juristische Person sein. — Versicherungsschein ist rechtlich meist bloße Beweisurkunde, oft aber — bei Lebensversicherungen — unvollkommenes Inhaberpapier. (SächsOLG. **16** 177.) **d)** Vgl. auch Toop (o. § 1 u. Ziff. I 1).

2. AM. Rüdiger, ZVersWiss. **01** 171 ff. Bei den großen Gegenseitigkeitsgesellschaften hat der Versicherte a) Vertrags-, b) Mitgliedsrechte. Bei ihnen wird also das Versicherungsverhältnis durch Vertrag geregelt, dagegen bei den kleineren Vereinen nur durch das Statut. Dieser Gegensatz hätte im Gesetz deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen.

3. **a)** **RG.** JW. **02** 29. Es ist unmöglich, daß jemand Mitglied einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit ist, ohne in einem Versicherungsverhältnis zu ihr zu stehen. Dagegen ist möglich, daß ein Nichtmitglied zu einer solchen

Versicherungsgesellschaft in einem Versicherungsverhältnis steht. **b)** VAPrV. 3 114. Nichtmitglieder können — ohne Begründung eines Versicherungsverhältnisses — außerordentliche oder Ehrenmitglieder werden und auch Anteil an der Verwaltung bekommen, besonders wenn sie einen Teil der Kosten der Versicherung tragen. Vgl. auch Rehm (2) 107.

II. 1. *Könige § 20 Anm. 3. Gegen die Ausschließung eines Mitglieds aus einem V. a. G. muß zwar der Rechtsweg offen bleiben; allein der Richter darf nur auf Formverstöße hin prüfen, soweit nicht wohlerworbene Rechte verkürzt worden sind.

2. Wörner, VV. 93. Strafandrohungen und sonstige Erschwerungen des Austrittsrechts sind wirkungslos.

III. Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Mitgliedschaft, hierfür gelten §§ 38, 40 BGB.: Rehm (2) 109 ff.

§ 21. 1. **a)** VAPrV. 2 97, 98. Vgl. aber Rehm (2) 111 ff., 114. Der Grundsatz des § 21 wird bei dem System der Durchschnittsbeiträge (gleiche Prämie ungeachtet des Eintrittsalters) nicht gewahrt. Versicherungstechnisch ist dieses System ebenfalls unhaltbar. Das gleiche gilt vom System der Durchschnittsrente (in gewissen Zwischenräumen nach Maßgabe der vorhandenen Mittel berechnete Einheitsrente). Ebenso ist das Umlagesystem (alle jeweiligen Mitglieder zahlen bei Eintritt des Versicherungsfalls eines Mitglieds — z. B. Tod — bestimmte Beiträge, deren Gesamtbetrag die Versicherungssumme bildet, oder es wird eine bestimmte Versicherungssumme gewährt und die Höhe der Mitgliederbeiträge durch Verteilung auf die jeweiligen Mitglieder gefunden) ist nur unter ganz besonderen Umständen haltbar. Alle diese Systeme gefährden die Mitglieder und den Fortbestand der Kasse. **b)** Beiträge sind nicht Beiträge zum Gründungsfonds, wohl aber Eintrittsgelder: Rehm (2) 111.

2. Abs. 2. **a)** Wörner, VV. 26. Der V. a. G. darf einzelnen Mitgliedern als solchen nicht Vers. gegen feste Prämie gewähren, sondern nur gleichmäßig allen Mitgliedern. **b)** α. VAPrV. 5 16. „Versicherung zu fester Prämie" liegt nicht vor, wenn man bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Versicherung und gleichzeitig Versicherung gegen Nachschüsse bei einer Rückversicherungsgesellschaft nimmt. Denn der Versicherte wird Mitglied der Gegenseitigkeitsgesellschaft, haftet dieser gegenüber für alle Nachschüsse und muß sie auch tatsächlich bezahlen, wenn der Nachschußversicherer aus irgendwelchem Grunde nicht leistet. β. Vgl. auch zu § 64: VAPrV. 5 113. **c)** VAPrV. 2 116. Das APrV. gestattet regelmäßig nur, daß höchstens in Höhe von 1/4 der Versicherungssumme der Mitglieder Versicherungen gegen feste Prämien abgeschlossen werden. **d)** VAPrV. 3 165. Eine Beschlußfassung des obersten Organs ist, soweit die Sitzung nichts anderes besagt, nicht nötig, bei Festsetzung oder Abänderung allgemeiner Versicherungsbedingungen, die für eine nur gegen feste Prämie zu betreibende Versicherungsart eingeführt werden.

§ 22. Vgl. auch (technisch): Bein, Das Gründungskapital einer Lebensversicherungsanstalt, AssekJ. **07** 90 ff.

1. Fuld, Der Gründungsfonds bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit nach deutschem Versicherungsprivatrechte, AssekJ. **05** 111 ff., gelangt zu folgenden Ergebnissen seiner eingehenden Darlegungen: 1. a) Der sog. Gründungsfonds ist ein Darlehen und ein Darlehnsversprechen, dessen Garantiefunktion hinter dem reinen Barvermögen des Vereins und hinter nachschußpflichtigen Versicherten sowie schließlich hinter dem Reservefonds oder ähnlichen anderen Fonds in dieser Reihenfolge praktisch werden kann und wird. Die hier vertretene Ansicht von

der rechtlichen Natur des Gründungsfonds stimmt überein mit der in Literatur und Judikatur allgemein herrschenden Ansicht, nur daß von einigen der Gründungsfonds als reines Darlehen betrachtet wird (Hinrichs, GoldschmidtsZ. 20 490 ff., 439, 449, Lehner, Rechtliche Stellung der Mitglieder einer Versicherungsgesellschaft a. G. 59). Nach diesen werden gerade im Falle der Liquidation die Gründungsfondszeichner von ihren Verpflichtungen frei und stehen dann den übrigen Vereinsgläubigern gleich. b) Die Rechtsverhältnisse werden durch die Liquidation nicht geändert. Eine Änderung zuungunsten des Vereins könnte nur nach Hinrichs u. Lehner in Frage kommen. Nach Tilgung aller Verbindlichkeiten bis auf den Gründungsfonds würde eine weitere Nachschußerhebung dessen Tilgung ausschließlich zum Zwecke haben. Letztere wird durch § 47 Abs. 2 Satz 2 PrVAG. verwaltungsrechtlich verboten. c) Ein Anspruch der Mitglieder auf Verteilung der Überschüsse ist erst dann anzuerkennen, wenn alle Verbindlichkeiten einschließlich des Gründungsfonds getilgt sind. 2. a) Besorgt der Verein die Geltendmachung von Ansprüchen seiner Mitglieder auf Zurückzahlung der geleisteten Nachschüsse, so kann er diesen bei Anhängigkeit eines Rechtsstreits mit den Zeichnern gemäß § 72 ZPO. gerichtlich den Streit verkünden. Zur Geltendmachung fremder Ansprüche ist der Verein nicht befugt. Der Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlter Nachschüsse entspringt aber einem Sonderrecht der Mitglieder und ist als solches ein jus tertii, das er nicht geltend machen kann. b) Die Nachschüsse, einmal als Forderungen des Liquidationsvereins an seine Mitglieder und dann wieder nach ihrer Leistung als deren Forderungen an ihn betrachten und behandeln zu wollen, ist perplex. Die Liquidatoren haben daher alle Gläubiger des Vereins, auch die Garanten, aus allen zur Erhebung gelangten und noch einzutreibenden Nachschüssen zu befriedigen. 3. a) Die Liquidation hat die Wiederherstellung des etwa aufgezehrten Garantiefonds durch Erhebung von Nachschüssen zwecks Erfüllung aller Verbindlichkeiten des Vereins zur Folge. Der Garantiefonds darf aber erst getilgt werden, wenn feststeht, daß alle anderen Verbindlichkeiten getilgt worden sind oder getilgt werden können und wenn im letzteren Falle Sicherstellung erfolgt ist. b) Einen Anspruch auf Sicherstellung der anderen Gläubiger besitzen die Garanten nicht. Diese Sicherstellung kann auch nicht von Gerichtswegen angeordnet werden. Solange also die Sicherstellung noch nicht erfolgt ist, ist der Anspruch des Garanten noch nicht liquid. Er ist es erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger, auch ihrer selbst in ihrer gleichen Rechtsstellung. c) Vor Beendigung der Liquidation darf den Gründern ihr statutenmäßig noch nicht fällig gewordener Anteil aus dem Gründungsfonds nicht zurückgewährt werden, man müßte denn der Ansicht von Hinrichs und Lehner beitreten. Würden die übrigen Gläubiger auf die Sicherstellung ihrer Ansprüche ausdrücklich verzichten oder würde nach Ansicht des Gerichts die offenbare Möglichkeit der Tilgung aller übrigen Verbindlichkeiten und die Gewißheit der Auszahlung von Überschüssen an die Mitglieder nach Tilgung aller Verbindlichkeiten, einschließlich des Gründungsfonds, der Sicherstellung der übrigen Gläubiger gleichstehen, dann würde bei dieser praktisch zweckmäßigen Beurteilung der Verein auch am Schlusse der Liquidation zur Rückleistung des ganzen Gründungsfonds verpflichtet sein. d) Die Garanten können und sollten daher bei Differenzen mit dem Verein nicht auf Leistung, sondern auf Feststellung oder Anerkennung klagen, soweit der statutenmäßig noch nicht fällig gewordene Anteil am Gründungsfonds in Frage kommt. Die nach dem Statut jährlich zurückzuzahlenden Beträge können sie dagegen mit der Leistungsklage fordern. 4. Wie sich Rechtsverhältnisse des Gründungsfonds im Konkurse, bei Fusionen von Vereinen, bei Aufnahme eines weiteren Gründungsfonds zur Ausdehnung des ursprünglichen Geschäftsbetriebs oder bei Ausdehnung des letzteren ohne eine solche

Aufnahme gestalten, ergibt sich zum größten Teile als naheliegende Folgerungen dieser obigen Ausführungen.

2. **a**) Wörner, VV. 142. Der Gründungsfondsvertrag ist ein eigenartiger zweiseitiger Vertrag zwischen den Gründern bzw. dem Verein und den Spendern des Fonds. Spender brauchen nicht Mitglieder zu sein. Es ist kein Darlehnsvertrag, auch kein besonderer Darlehnsvertrag. Die Spender versprechen, den vereinbarten Betrag bar oder in eigenen Wechseln zu geben. Der Verein verspricht, den Betrag gemäß Gesetz und Vertrag zurückzuzahlen bzw. die Wechsel zurückzugeben. Beide Verpflichtungen werden durch einen Rechtsakt begründet, der keineswegs einen Vorvertrag darstellt, der dann durch tatsächliche Darleihung des Betrags erfüllt würde. Wohl aber ist denkbar ein Vorvertrag auf Abschluß eines Gründungsfondsvertrags selbst. **b**) Rehm (2) 127. Rechtstitel können für den Gründungsfonds sein: Darlehnshingabe (VAPrV. **2** 42), Anteilscheinkauf (öffentliche Anleihe), Darlehnsversprechen (Hingabe von Solawechseln), Schenkung (mit oder ohne Auflage), Schenkungsversprechen (Hinterlegung von Solawechseln).

3. Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 541. Der Gründungsfonds ist zugleich antizipierter Reservefonds, nämlich soweit er zur Bezahlung von Ersatzsummen an die Mitglieder benutzt wird.

4. **a**) *Könige § 22 Anm. 2a. Die Zeichnungen zum Zwecke der Gründung eines V. a. G. verbinden die Zeichner nur ein Jahr lang. **b**) *Könige § 23 Anm. 1. Die Gründer eines V. a. G. haften persönlich, wenn sie vor der Konzessionserteilung vorbehaltslos namens des V. handeln und der Dritte den Mangel nicht kannte.

5. SächsOVG. **4** 241 ff. Bildung eines Gründungsfonds ist die Regel. Bei kleineren Beträgen (45 000 M.) Bareinzahlung. Durch Inanspruchnahme eines Teiles des Gründungsfonds werden die Rückzahlungsansprüche der Zeichner nicht ohne weiteres auf den verbleibenden Rest beschränkt. Solange ein Reservefonds fehlt, ist i. Zw. der Gründungsfonds zur Deckung eines Fehlbetrags heranzuziehen ohne Herabsetzung der Versicherungsansprüche.

6. Es ist bedenklich, wenn eine einzige, unbeaufsichtigte Gesellschaft den überwiegenden Grundkapitalanteil übernimmt, oder wenn dies seitens solcher Personen geschieht, die im Auslande wohnen. Hierüber und über vorbeugende Maßnahmen: VAPrV. **5** 56, 57.

§ 24. 1. **a**) Wörner, VV. 84 ff. Tatsächliche Nichtausübung des Rechtes auf Beiträge (Stiftungserträge 2c.) berührt den Bestand der Beitragspflicht nicht. Formen der Beitragszahlung: Vorauszahlung, Nachschüsse (nur in Verbindung mit Vorauszahlung), Kürzung der Versicherungsansprüche (nur in Verbindung mit Vorauszahlung oder Umlage), Umlagen (keine Nachschüsse). Die Kürzung der Versicherungsansprüche ist ohne weiteres zulässig: sie kann aber satzungsmäßig ausgeschlossen werden; der Versicherte kann nicht späterhin Ansprüche auf den gekürzten Betrag erheben, falls dies nicht in der Satzung oder in den allg. Bestimmungen für zulässig erklärt ist. Beitragspflicht endet mit der Auflösung. Im Liquidationsfalle besteht sie aber fort. Bei Konkurs Haftung der Mitglieder gegenüber dem V. a. G. (ohne Aufrechnungsbefugnis). **b**) Gegen die Mängel des alten Umlageverfahrens bei kleinen Sterbekassen: Eggenberger, ZVersWiss. **01** 172 ff., ferner: v. Knebel-Döberitz, ZVersWiss. **01** 1 ff. **c**) VAPrV. **4** 110. Zuzulassen ist bei Sterbekassen die Erhebung eines nach dem Eintrittsalter abgestuften, technisch richtig berechneten Eintrittsgeldes neben einem für alle Versicherten gleichen laufenden Beitrage, und zwar auch dann, wenn das Eintrittsgeld regelmäßig gegen Verzinsung gestundet und vom Sterbegeld in Abzug gebracht wird.

2. Nachschuß. a) Nachschußpflicht. α. OLG. 6 248 ff. (Hamburg). Das einer V. a. G. beitretende Mitglied verpflichtet sich durch seinen Beitritt zur Tragung der aus d. Versicherungen entstehenden Risiken durch Zuschläge, Umlagen und Nachschüsse usw. Dem steht nicht entgegen, daß Jahresprämien nach bestimmten Tarifen erhoben werden. β. VAPrV. 2 117. Auch ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung besteht bei Gegenseitigkeitsgesellschaft Nachschußpflicht, besonders wenn Fehlbeträge durch unzulänglich bemessene Beiträge entstehen. Ausschluß jeder Nachschußpflicht ist jedoch ebenfalls denkbar. Vgl. auch RG. 56 296. b) Begriff des Nachschusses. α. KG., VAPrV. 4 90 (Anh.), OLG. 10 141 ff. Die „weitere Vorprämie" (Viehversicherung) ist Nachschuß, weil sie zur Deckung entstandener Fehlbeträge dient und nicht Vorschuß auf künftige Beiträge ist. β. AM. OLG. Posen, VAPrV. 4 43 (Anh.), OLG. 11 38. Die bedingungsgemäß außer einer feststehenden Vorprämie im Falle der Unzulänglichkeit dieser Vorprämien zur Deckung der Schäden und Kosten zunächst noch erhobene sogenannte „weitere Vorprämie" (in bestimmter prozentualer Höhe) stellt keinen Nachschuß dar, da dessen Begriff das Merkmal der Unbegrenztheit erfordert. c) Begrenzung der Nachschußpflicht. α. VAPrV. 5 26. Das Nachschußverfahren bei Gegenseitigkeitsgesellschaften muß im allgemeinen sofort, nachdem das Geschäftsjahr Fehlbeträge ergeben hat, eintreten. Übernahme von Fehlbeträgen auf das nächste Geschäftsjahr zwecks allmählicher Tilgung kann nur bei kleineren Beträgen (hier 3000 M.) zugelassen werden. β. Ebenso: OLG. Hamburg, VAPrV. 5 4 (Anh.). Wenn die Statuten jährliche Bilanzziehung anordnen und weiter bestimmt ist, daß ein hierbei sich ergebendes Defizit zunächst durch Überschüsse der Vorjahre, äußerstenfalls aber durch Nachschüsse der Versicherten gedeckt werden soll, so wird hierdurch die Nachschußpflicht auf das Defizit des jeweils vergangenen Jahres beschränkt. Die Versicherten können nicht für frühere Jahre herangezogen werden, wenn fortgesetzt ordnungsmäßige Bilanzziehung und dementsprechende satzungsmäßige Deckung der Fehlbeträge unterlassen worden ist; nachträgliche Bilanzziehung würde nichts ändern. γ. AM.: OLG. Stuttgart, VAPrV. 5 83 (Anh.). Bei Gegenseitigkeitsgesellschaften sind Fehlbeträge, die durch die bisher unterlassene Einstellung von Prämienüberträgen in das Passivum entstehen, lediglich von den Mitgliedern desjenigen Geschäftsjahres zu tragen, in dessen Abschluß sie zuerst aufgenommen worden sind. Einer Heranziehung der Mitglieder früherer Jahre steht die praktische Undurchführbarkeit dieser Maßnahmen sowie der Umstand entgegen, daß die früher üblich gewesene unrichtige Buchungsweise im allgemeinen Einverständnisse gehandhabt worden ist. d) OLG. Hamburg, VAPrV. 4 53 (Anh.). Abtretung künftiger Nachschußforderungen ist zulässig. e) Ausschluß der Nachschußpflicht. α. Moldenhauer, Auff. 88. Die Möglichkeit eines Ausschlusses von Nachschußpflicht und Kürzung ist bedenklich. Diese Bestimmung muß versehentlich in das Gesetz hineingekommen sein. β. Ebenso Sievers, GoldschmidtsZ. 51 336. In Wahrheit liegt ein Widerspruch vor; denn die Konkursmöglichkeit ist dann eben umso wahrscheinlicher und damit die Folge des § 51. f) Erfordernisse des Nachschußausschreibens. Zur Bewirkung des Zahlungsverzugs genügt es, wenn das Nachschußausschreiben zwar nicht die Nachschußberechnung selbst, wohl aber das Erbieten enthält, die Unterlagen derselben dem Versicherten auf dessen Wunsch mitzuteilen und wenn der Versicherte einen solchen Wunsch nicht alsbald, sondern erst auf Klagerhebung äußert. LG. Darmstadt, VAPrV. 4 44 (Anh.).

§ 26. 1. *Könige § 26 Anm. 5. Von dem Aufrechnungsverbot des § 26 wird auch ein Aufrechnungsvertrag getroffen.

2. KG., VAPrV. 4 93 (Anh). Nicht bestimmungsgemäß durchgeführte Organisation gibt dem Mitgliede eines V. a. G. keinen Einwand

gegenüber der Prämienforderung, da es sich nicht um einen Teil der Gegenleistung handelt; nur Schadensansprüche sind möglicherweise begründet.

3. OLG. Rostock, VAPrV. **4** 41 (Anh.). Anfechtung des Vertrages wegen irrig angenommener Solvenz der Gegenseitigkeits-Gesellschaft ist unzulässig, ebenso die Rückforderung bereits gezahlter Beiträge.

4. Rehm (2) 141, 142. Das Aufrechnungsverbot trifft auch ausgeschiedene Mitglieder, die noch beitragspflichtig sind. Ebenso gilt es im Konkursfall, aber nur für die Mitglieder. Vgl. auch Lehmann, Aktienges. II 606, 607.

§ 29. 1. *Emminghaus, ZVersWiss. **03** 211 ff. § 29 gestattet neben der Mitgliederversammlung auch die Mitgliedervertretung. Diese Zulassung rechtfertigt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen; sie ermöglicht Bildungen, die das oberste Organ über die bei der Mitgliederversammlung erfahrungsmäßig in der Regel eintretende Beschränkung auf die nächsten Mitgliederkreise hinausheben und tatsächlich eine wirksamere Vertretung der Gesamtinteressen schaffen, als die nur scheinbar allen Anforderungen mehr gerechtwerdende Generalversammlung. →→ Daß die Zuständigkeit der Mitgliedervertretungen in den angeführten Beispielen nicht beschrieben sei, ist gegen die kleine Abhandlung zu Unrecht geltend gemacht worden, da das Gesetz v. 12. 5. 01 die Bestimmungen des HGB., und zwar die der Aktiengesellschaft, auf das oberste Organ von V. a. G. angewendet wissen will und über die notwendige Zuständigkeit des obersten Organs mithin keinen Zweifel läßt. Daß bestehende Satzungen dem obersten Organ in einigen Stücken eine über das Notwendige hinausgehende Zuständigkeit zugestehen, ist angedeutet. Red. ←←

2. Für die Mitgliedervertretungen auch: Moldenhauer, Aufs. 83 ff., ferner: Samver, Verh. d. 25. DJT. III 43, Ehrenberg, VersRecht I 121 f., 130 ff., Rehm (1) § 29. AM. (für Generalversammlung mit Teilnahmerecht aller Mitglieder): Fuld, Verh. d. 25. DJT. III 36, Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 552 ff.

§ 30. I. Verhältnis von Aufsichtsbehörde und Registergericht. 1. Umfang der registerrichterlichen Nachprüfung. **a)** Moldenhauer, Aufsicht 113 ff. Dem Registerrichter steht eine Nachprüfung der genehmigten Satzung eines Gegenseitigkeitsvereins nicht zu. Im Gegensatze zu den Versicherungsvereinen kann der Registerrichter aber die Eintragung einer Versicherungs-Aktiengesellschaft nicht erzwingen. Denn die Aktiengesellschaft entsteht erst mit der Eintragung. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung gewährt ihr nur die Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe, verpflichtet sie aber nicht dazu. Es kann der Staat nicht die Entstehung von Gesellschaften erzwingen. Bei der Versicherungs-Aktiengesellschaft ist der Registerrichter an die Entscheidung der Aufsichtsbehörde, daß ein konzessionspflichtiger Betrieb vorliege, gebunden. Er hat aber trotzdem das Recht und die Pflicht, den Gesellschaftsvertrag daraufhin zu prüfen, ob er den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Beanstandet der Registerrichter den Gesellschaftsvertrag, so muß die Gesellschaft wegen der verlangten Änderung die Aufsichtsbehörde erneut um Genehmigung bitten. Praktischer wäre es gewesen, dem Registerrichter das Nachprüfungsrecht zu entziehen. **b)** α. Wörner, VV. 81. Der Registerrichter kann nicht die Zulassungswürdigkeit des Vereins nachprüfen. β. Wörner, VV. 48 ff. Der Registerrichter hat auch die Gesetzmäßigkeit der Satzungsänderung nicht zu prüfen; über die Zulässigkeit der Änderung entscheidet nur die Aufsichtsbehörde. **c)** *Könige § 30 Anm. 1. Der Registerrichter darf die Eintragung eines VV. nicht davon abhängig machen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung gegeben sind. **d)** KG., VAPrV. **2** 133. Das Registergericht hat bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit kein Recht, die von der Aufsichtsbehörde genehmigte Satzung oder die genehmigte Abänderung derselben nachzuprüfen, also auch nicht die Erfordernisse

der Firma (ob „a. G." genügend sei). Vgl. auch VAPrV. 3 113 ff. e) Sächs. OVG., VAPrV. 2 131, SächsOVG. 2 352. Das Registergericht (einer zu gründenden GmbH.) kann vor Eintragung die vorgängige Genehmigung der Versicherungsaufsichtsbehörde verlangen; letztere muß die Genehmigung erteilen, selbst wenn die Gesellschaft erst mit der Eintragung Rechtsfähigkeit erlangt, und kann die Erteilung nicht von einer vorgängigen Erklärung des Registerrichters abhängig machen; das käme einer vorläufigen Erlaubnisverweigerung gleich.

2. Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde. a) Gegenüber dem Vereinsregister: α. KG., KGJ. 28 A 63, VAPrV. 4 39 (Anh.), ZBlFG. 5 392. Gegen die nicht zulässige Eintragung eines Versicherungsvereins zugleich im Handels- und im Vereinsregister steht der Aufsichtsbehörde des Vereins (Preußen: der Regierungs- und in Berlin der Polizeipräsident) die Beschwerde zu. Über Anträge einer hiernach zur Beschwerde berechtigten Behörde, auf Zurückweisung eines Eintragungsgesuchs hat die Registerbehörde sachlich zu entscheiden. β. KG., ZBlFG. 5 141 ff. Gegen die Zulassung der Anmeldung eines Versicherungsvereins zur Eintragung ins Vereinsregister ist außer Einspruch auch Beschwerde zulässig. Beschwerdeberechtigt ist hinsichtlich eines preußischen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit der Regierungspräsident. b) Gegenüber dem Handelsregister: α. VAPrV. 5 30 ff. Ebenso wie gegen die Verweigerung der Löschung eines im Vereinsregister zu unrecht eingetragenen Vereins (KG., VAPrV. 4 39 [Anh.], KGJ. 28 A 63) steht dem Aufsichtsamt ein Beschwerderecht auch dann zu, wenn eine Eintragung ins Handelsregister abgelehnt wird. β. AM.: KG., VAPrV. 5 30 ff., R. 06 966, RJA. 7 122, ZBlFG. 7 147. Der Aufsichtsbehörde ist ein Beschwerderecht bezüglich Registereintragungen nicht grundsätzlich zu versagen. Ein allgemeines Beschwerderecht besteht aber nicht. Zu prüfen ist stets, ob die Verletzung eines Rechtes vorliegt. Diese fehlt, wenn das Registergericht eine Eintragung ins Handelsregister (Zweigniederlassung einer ausländ. Gegenseitigkeitsgesellschaft) ablehnt. Die Aufsichtsbehörden haben nicht eine Stellung i. S. von § 126 FGG. Ihr Aufsichtsrecht betrifft öffentlich-rechtliche Beziehungen. Es wird eingeschränkt durch die Bestimmungen des HGB. und anderer in Geltung gebliebenen Materien des bürgerlichen Rechts. Unerheblich ist, daß einzelne solcher Bestimmungen im PrVUG. ihren Platz gefunden haben (z. B. § 36). c) Rehm (2) 149. Die Aufsichtsbehörde hat kein Beschwerderecht nach § 20 FGG. gegenüber einer ohne die erforderliche Erlaubnis erfolgten registergerichtlichen Eintragung.

II. Eintragungskosten. KG., OLG. 9 223, KGJ. 27 B 21. Auf die Eintragung eines V. a. G. ins Handelsregister findet § 72 Ziff. 1a GKG. wennschon nicht unmittelbar, so doch entsprechend Anwendung. Im Sinne dieser Bestimmung sind die V. a. G. den Einzelkaufleuten, nicht den Handelsgesellschaften zuzuzählen im Hinblick auf § 16 PrVUG. und darauf, daß bei den V. a. G. ein Gesellschaftskapital fehlt und die Schwierigkeit der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen bei ihnen nicht besteht, die die Höhe der Eintragungsgebühr bei den Aktiengesellschaften rechtfertigt.

§ 31. *Könige § 31 Anm. 4. Regelrechte Hinterlegung ersetzt die Vorschrift des § 22 Abs. 2, wonach der Gründungsfonds bar bezahlt und im Besitze von Vorstand und Aufsichtsrat sein muß, soweit die Satzung nicht Abweichungen zuläßt.

§ 34. I. Ziff. 1. 1. Sievers, GoldschmidtsZ. 48 546 ff. Das in § 34 Nr. 1 enthaltene Konkurrenzverbot hat seine Formulierung nicht wegen der Eigenartigkeit des Versicherungsrechts enthalten, sondern stellt eine sachlich gerechtfertigte Ergänzung einer Lücke des HGB. dar. Zweifelhaft kann nur sein,

ob diese Änderung handelsrechtlicher Grundsätze für das vorliegende Spezialgebiet wichtig genug war.

2. Wörner, VV. 106. Für das Konkurrenzverbot ist es gleichgültig, ob eine Erwerbs- oder Gegenseitigkeitsunternehmung in Frage kommt. Allein wesentlich ist die Gleichartigkeit des Versicherungszweiges. § 34 Ziff. 1 geht über § 236 HGB. hinaus; § 236 HGB. ist daher in Zukunft nach dem Vorbilde von § 34 Ziff. 1 auszulegen, auch der Vorstand einer Versicherungs-Aktiengesellschaft darf also nicht zugleich Aufsichtsrat einer anderen Versicherungsunternehmung sein. (AM. Moldenhauer 83, Rehm (2) 154.)

3. *Könige § 34 Anm. 2b. Vorstände älterer Gegenseitigkeitsgesellschaften haben das Konkurrenzverbot des § 34 erst mit ihrer Wiederwahl zu beobachten.

II. Ziff. 2. *Thaler, HirthsAnn. **02** 822. Der durch die §§ 34 u. 35 PrVUG. mit §§ 241 Abs. 4 und 249 Abs. 3 Satz 2 HGB. den Gläubigern (neben dem Verein) gewährte Schadensersatzanspruch gegenüber den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern wird beim Konkurse des Vereins von den geschädigten Gläubigern selbständig, also nicht durch den Konkursverwalter geltend gemacht. Nur die Rechte des Vereins hat der Konkursverwalter als Massedisponent geltend zu machen. (Abw. Könige Anm. 3 Abs. 2 zu § 34; für das Aktienrecht Staub Anm. 16 zu § 241 HGB. und **RG. 39** 64.)

§ 35. Vgl. zu § 34 Ziff. 2 Thaler, HirthsAnn. **02** 822 (s. zu § 34).

§ 36. 1. Gerkrath, ZVersWiss. **01** 46 ff., Emminghaus das. **01** 182 ff. Die Anwendung des § 261 HGB. (§ 36 PrVUG.) ist für die der Anlage der Prämienreserve einer Lebensversicherungsgesellschaft dienenden mündelsicheren Wertpapiere wegen anderer ratio legis nicht gerechtfertigt, nämlich wegen der Natur des Geschäfts, dem Zwecke der Anlage und der Art der Effekten. Hierzu gelangen Verf. von verschiedenen Ausgangspunkten.

2. *Thaler, HirthsAnn. **02** 810/811. § 36 erklärt für die V. a. G. auch den § 261 HGB. für anwendbar. Allein, wie schon für das Aktienrecht § 261 HGB. bei der Feststellung der zur Konkurseröffnung notwendigen Überschuldung unanwendbar ist (Staub Anm. 10 ff. zu § 240, Cosack, Handelsrecht (5) § 118 i, f), so ist § 261 HGB. auch zur Ermittelung der Überschuldung des V. a. G. ungeeignet. Dies folgt auch aus der Fassung des § 68 Abs. 2 Satz 2 PrVUG.: „wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz ... ergibt“, nicht „wenn sich aus der Jahresbilanz ergibt“ (vgl. Art. 240 des alten HGB.).

§ 37. 1. Rehm, Die buchtechnische Natur des angelegten Reservefonds, insbesondere bei der Lebensversicherung, ZVersWiss. **03** 378 ff. (dazu vgl. die Polemik zwischen Knappe und Rehm, ZVersWiss. **04** 125 ff. u. 127 ff.). Die Unterscheidung von bedeckten (angelegten) und unbedeckten (rechnungsmäßigen) Reservefonds ist unrichtig und irreführend. Der Name „bedeckter Reservefonds“ bezeichnet nicht die Eigenschaft eines Bilanzpostens. Er bedeutet, daß neben dem Reservefonds, der Passivpost ist, noch ein Reservefonds da ist, der eine Summe von Vermögenswerten, ein Aktivum darstellt. Der passive Reservefonds ist nicht Aktivvermögen, sondern nur buchführungstechnische Kennzeichnung einer Eigenschaft (Unverteilbarkeit und Unverwendbarkeit) von Aktivvermögen. Ohne passiven kein aktiver Reservefonds. Aber die Bilanzziffer des letzteren kann höher oder niedriger sein als die des passiven. Richtiger redet man statt von angelegtem von bedecktem Reservefonds. Bedeckter Reservefonds bedeutet, daß neben dem bloßen Reservekonto (passiver Reservefonds) ein Reservefonds vorhanden ist. Ganz zutreffend ist aber erst die Bezeichnung als speziell bedeckter Reservefonds. Er liegt vor, wenn das bloße Reservekonto speziell bestimmte Aktiven bindet. Zu Unrecht wird aber der nicht speziell bedeckte Reservefonds als rechnungsmäßiger bezeichnet. Auch der nicht speziell be-

deckte Reservefonds ist ebenso reell und solid, aber in anderer Weise bedeckt wie der speziell bedeckte. Aber dennoch steht nur bei dem speziell bedeckten Reservefonds dem passiven auch ein aktiver Reservefonds gegenüber. Denn nur dann ist eine Mehrheit von Vermögensstücken von anderem Vermögen abgesondert zu einem in sich geschlossenen Ganzen vereinigt (378—383). Das Gesetz unterscheidet glücklich zwischen rechnungsmäßiger Prämienreserve und dem Prämienreservefonds und hält im allgemeinen auch in den Einzelbestimmungen die klare Unterscheidung von Prämienreserve als Passiv- und Prämienreservefonds als Aktivpost aufrecht (vor allem im § 61 Abs. 1). Eine Ausnahme machen § 99 Abs. 4 und § 106 Ziff. 2, wo von „Anlegung" bzw. von „Verwaltung und Aufbewahrung" der Prämienreserve die Rede ist. Dies wird an einzelnen Bestimmungen und buchtechnisch im einzelnen dargestellt auf 384 ff. Die Prämienreserve wird berechnet und gebucht (§ 56), dem Prämienreservefonds werden Beträge zugeführt, er wird angelegt, verwaltet, aufbewahrt (§ 57) und enthält Bestände (§§ 59 ff.). Die „Zuführung" an den Prämienreservefonds bedeutet nicht ein reelles Zuführen, sondern einen buchführungsmäßigen Vorgang; das Prämienreservekonto ist zugunsten eines Prämienreservefondskonto, d. h. eines Bilanzaktivums zu belasten. So wird ein „Bestand" des Prämienreservefonds gebildet und dieser Bestand ist dann „anzulegen".

2. PrOVG. **45** 360. Prämienreservefonds und Reservefonds sind ihrem Wesen nach voneinander verschieden. Ersterer ist keineswegs bloß ein besonders gearteter Reservefonds (Alexander-Katz und Manes 77 ff.).

§ 38. Literatur: Krüger, Die Gewinnverteilung in der Lebensversicherung. Frankfurt a. M. 1904.

§ 39. Abs. 2. Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 558. Änderung der Fassung der Satzung ohne Änderung des Gedankens wird nur selten möglich sein.

Abs. 3. VAPrV. **2** 32. Der Fall des § 39 Abs. 3 liegt auch dann vor, wenn das APrV. Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht verlangt, sondern nur empfohlen hatte. Indem das APrV. später nach § 73 die empfohlene und dann vom Aufsichtsrate vorgenommene Abänderung genehmigt hat, hat es zum Ausdrucke gebracht, daß dieselbe als verlangt gelten solle. Der Registerrichter kann also die Eintragung der Abänderung nicht deshalb verweigern, weil die Generalversammlung dem Aufsichtsrate nur Befugnis zur Vornahme der vom APrV. verlangten Abänderungen erteilt habe.

§ 41. I. Abs. 2. Wörner, VV. 59. Die auf Grund der vom Aufsichtsrat nach § 41 Abs. 2 vorläufig vorgenommenen Änderungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen abgeschlossenen Versicherungen bleiben bestehen trotz späterer Außerkraftsetzung dieser Änderungen. Vgl. für früher BaumgartnersZ. **89** 419.

II. Abs. 3. Sonderrechte. 1. Ehrenberg, Versicherungsrecht I 134. Auch bei den Versicherungsgesellschaften a. G. sind „die reinen Versicherungsrechte, die auf dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Versicherungsvertrage beruhen, Individualrechte der Versicherten; Voraussetzungen, Art und Umfang des Versicherungsanspruchs können ohne Zustimmung des Versicherten nie abgeändert werden, mögen sie nun durch die Statuten oder die Versicherungsbedingungen gewährleistet sein."

2. Wörner, VV. 94 ff. Sonderrechte der Mitglieder sind I. gesetzliche (notwendige — zulässige, feststehende — ergänzungsfähige), oder II. rechtsgeschäftliche. I. Gesetzliche: 1. Recht auf Versicherungsnahme (notwendig, feststehend), 2. auf rechtsgleiche Behandlung (notwendig, ergänzungsfähig), 3. zum Austritt (notwendig, ergänzungsfähig), 4. auf gesetzes- bzw. statutenmäßige Beschluß-

fassung des obersten Organs (notwendig, ergänzungsfähig), 5. auf Abschrifterteilung (notwendig, ergänzungsfähig), 6. auf Verteilung des Überschusses und auf Anfall des Liquidationsvermögens (zulässig, ergänzungsfähig), 7. auf Beibehaltung des Vereinszwecks (zulässig, feststehend). Notwendige und zulässige Sonderrechte bilden zugleich den Gegensatz der überhaupt nicht und der nur nicht ohne Zustimmung des Mitgliedes abänderlichen Sonderrechte. II. Rechtsgeschäftliche S.: Ihr Ausschluß kann nicht durch allgemeine Klauseln (über Verbindlichkeit aller Änderungen des Aufnahmevertrags) erfolgen, wennschon an sich durch Eigenwillen eines Mitgliedes nicht Bestand und Entwickelung des V. a. G. gefährdet werden kann.

3. Sievers, GoldschmidtsZ. **48** 573. Sonderrechte der Mitglieder (vgl. Ehrenberg, Gutachten f. d. 24. DJT. 1898). Die Zurückhaltung des Gesetzes hinsichtlich der Regelung der Frage der Sonderrechte ist zweckmäßig. Zu scheiden sind 1. gesetzliche S. (Recht auf gleiche Behandlung aller Mitglieder, Rechte nach § 256 ff. HGB.) und 2. statutarische S. (Unabänderlichkeit der Versicherungsbedingungen ohne Zustimmung des Mitgliedes, Unentziehbarkeit des Anspruchs auf die Versicherungssumme und auf Dividende, sowie des Rechtes, nur die satzungsmäßigen Beiträge zahlen zu müssen). Jedoch sind Majoritätsbeschlüsse, die diese Rechte nicht antasten, sondern bloß ihren wirtschaftlichen Wert verschieben, zulässig, und ohne weiteres ist Änderung dann gestattet, wenn sie dem Versicherten günstig ist.

4. Emminghaus, ZVersWiss. **03** 214. Ersetzung der Mitgliederversammlung durch die Mitgliedervertretung ist eine ohne Zustimmung aller Beteiligten nicht zulässige Minderung von Sonderrechten.

5. *Könige § 21 Anm. 1b. Die Mitglieder eines VV. a. G. besitzen kein Sonderrecht auf Mitgliedschaft oder auf Unveränderlichkeit des Vereinszwecks. Ebenso nicht auf Liquidation im Auflösungsfalle (§ 43 Anm. 7).

6. *Könige § 21 Anm. 6. Satzungsmäßige Sonderrechte haben bei VV. a. G. mehr den Charakter von Erwerbungen. Mehrheitsbeschlüsse können daher unter gewissen Umständen eine Verkürzung der Sonderrechte zustande bringen.

7. Allgemeine Klauseln. **a)** Wörner, VV. 49. Eine allgemeine Klausel, daß Satzungsänderungen auch auf bestehende Versicherungsverhältnisse einwirken sollen, ist unzulässig (SeuffA. **56** 173, **46** 77, **54** 207). **b)** Zehnter, ABürgR. **20** 14. Sonderrechte müssen in der Satzung statuiert werden. Allgemeine Klauseln, wonach das Mitglied sich allen künftigen Satzungsänderungen unterwirft, genügen nicht.

8. Entscheidungen. **a)** VAPrV. **4** 76. „Versicherungsverhältnis" i. S. von § 41 Abs. 3 ist nur dasjenige, was für den Inhalt der Leistungen und Gegenleistungen aus dem Versicherungsvertrage rechtlich (nicht nur wirtschaftlich) von Erheblichkeit ist: z. B. Entschädigungshöhe, Abschätzungsverfahren, Anzeigepflichten, Verwirkungsgründe, Vertragsdauer, Kündigung, stillschweigende Verlängerung (nicht: Organisation, Verwaltung, Rechnungsprüfung, Überschußverwendung, Auflösungsvoraussetzungen). **b)** KG., R. **05** 616. Die Generalversammlung eines kleineren Versicherungsvereins kann, falls nicht die Art der Liquidation nach dem Statut in ihrem Ermessen steht, nicht eine nicht gleichmäßig zum Vorteil aller Mitglieder gereichende Liquidation beschließen. Die Teilnahme am Vermögen im Auflösungsfalle gehört zu den Sonderrechten i. S. von § 35 BGB. Das Gegenteil folgt nicht aus der allgemeinen und selbstverständlichen Satzungsbestimmung, daß gültige Beschlüsse der Generalversammlung für alle Mitglieder bindend sind. **c)** Vgl. auch RG. JW. **01** 829 f., OLG. **2** 459 (Darmstadt), 461 (Stettin), SächsOLG. **21** 141 (über das Bestehen allgemeiner Mitgliedschaftsrechte), **22** 222 (vor Eintritt des Versicherungsfalles kein Sonderrecht der Ehefrau eines Mit-

gliedes eines Pensionsvereins auf die im früheren Statute bestimmte Pensionssumme), **23** 466 (Sonderrechte einzelner auf geringere Beiträge bzw. auf größere Unterstützung). **d)** Rückwirkung von Bedingungungsänderungen. α. **RG. 49** 195. Die Natur des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit erheischt es, daß Mitglieder derselben Klasse gleich zu behandeln sind, daß also Vergünstigungen nicht bloß neuen Mitgliedern gewährt werden dürfen, die im übrigen zu gleichen Bedingungen versichert sind wie ältere. Daher kommt die Neueinführung der Selbstmordklausel auch den älteren Mitgliedern zugute (JW. **96** 190, **90** 185, Ehrenberg I 135, Hinrichs, GoldschmidtsZ. **20** 436, Lehner, Rechtliche Stellung der Mitglieder einer Gesellschaft a. G. 48). Dies gilt nach früherem Rechte. Wie es nach § 41 Abs. 3 PrVUG. zu entscheiden wäre, bleibt dahingestellt. β. **RG.** JW. **01** 656. Die Mitglieder der Gegenseitigkeitsgesellschaften haben das unantastbare Sonderrecht auf gleiche Behandlung; sind nach Statut und allgemeinen Versicherungsbedingungen verschiedene Gruppen von Versicherten gebildet, so gilt das wenigstens für die Angehörigen derselben Gruppe. Eine Veränderung der allgemeinen Versicherungsbedingungen (Übernahme des Selbstmordrisikos) wird daher nicht nur für die neuen, sondern auch für die bereits vorhandenen Mitglieder wirksam, welche letztere mit dem erhöhten Risiko auch erweiterte Versicherungsansprüche erhalten müssen; sonst läge ein Eingriff in die Sonderrechte der alten Mitglieder der Gegenseitigkeitsgesellschaft vor. γ. **RG.** VAPrV. **4** 52 (Anh.). Die neu eingeführte Gewährung des Versicherungsanspruchs auch im Falle des Selbstmordes nach fünfjährigem Versicherungsbestande wirkt im Zweifel auch auf die bei Einführung dieser Bestimmung bestehenden Versicherungen derart zurück, daß die 5 Jahre bereits von Abschluß des Vertrags berechnet werden. δ. KG., VAPrV. **4** 93 (Anh.). Rückwirkung der neuen Versicherungsbedingungen findet nicht statt, wenn nach der neuen Satzung schon objektiv unrichtige Angaben, nach der alten Satzung aber nur Täuschungen bei Ausfüllung des Antrags die Verwirkung der Ansprüche herbeiführen. Für Sonderrechte der Mitglieder gilt § 35 BGB. ε. HansGZ. **03** Beibl. 100 (Hamburg). Öffentlich bekannt gemachte Änderungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen (Unanfechtbarkeit der Police) wirken bei Gegenseitigkeitsgesellschaften auch zugunsten der bereits früher Versicherten. Diese Wirkung tritt nicht ein bei Aktiengesellschaften. Die öffentliche Bekanntmachung stellt eine Offerte dar, deren Annahme durch den Versicherten als selbstverständlich gilt (**RG. 25** 174, SeuffA. **46** Ziff. 47). — Eine öffentliche Bekanntmachung liegt aber nicht in dem bloßen Versenden neuer Bedingungen und Formulare an Agenten und Reflektanten. ζ. **RG. 49** 195 ff. Das Stillschweigen der zur Erklärung über die neuen Bedingungen aufgeforderten Mitglieder ist dahin auszulegen, daß sie an den alten Bedingungen festhalten wollen. η. Über Wirksamkeit der Statutenänderung, wenn der Versicherte, obwohl er in nicht zu übersehender Weise auf dieselbe aufmerksam gemacht war, die Versicherung fortsetzt, vgl. SeuffA. **56** 172. **e)** OLG. **3** 267 (Rostock). Was § 41 PrVUG. bestimmt, galt schon nach früherem Rechte. Daher kann eine neue Vertragsklausel, da durch sie das Recht des Versicherten geändert wird, nur mit Zustimmung des Versicherten eingeführt werden.

§ 43. Abs. 3. Wörner, VV. 153 ff. Ist gegen den Auflösungsbeschluß des obersten Organs Anfechtungsklage erhoben, so hängt die Gültigkeit des Beschlusses zunächst von der Entscheidung des Gerichts ab. Bis zum Ablaufe der Klagfrist muß die Aufsichtsbehörde ihre Genehmigung zurückhalten. Die Anfechtungsklage ist neben dem Rekurswege zulässig (so auch Könige 121, aM. Alexander-Katz 102). Bis zur aufsichtsbehördlichen Genehmigung ist der Beschluß ohne privatrechtliche Bedeutung. Nach Auflösung durch Zeitablauf oder

Beschluß dürfen neue Versicherungen nicht abgeschlossen, alte nicht verlängert oder erhöht werden. Zuwiderhandlungen bewirken Nichtigkeit.

Abs. 5. **RG.** JW. **04** 100, VAPrV. **3** 138. Die Liquidation berührte auch nach bisherigem Rechte (vor PrVUG., vgl. § 43 Abs. 5) nicht die Rechte aus einer Lebensversicherung — wozu auch die Brautaussteuerversicherung gehört — vielmehr gehört die Auszahlung der fällig gewordenen Summen zur Abwickelung der laufenden Geschäfte, mag auch der Versicherungsfall nach dem Liquidationsbeschlusse eintreten.

§ 46. Wörner, VV. 158. Eine Bestellung von Liquidatoren durch die Aufsichtsbehörde findet nicht statt.

§ 47. 1. *Könige § 47 Anm. 5 und 6. Während der Liquidation eines VV. findet keine Dividendenverteilung statt, auch ist das Einsichtsrecht der Gläubiger und der Mitglieder des obersten Organs sowie das Recht auf Aufbewahrung der Bücher usw. nach beendigter Liquidation nicht durch das Amtsgericht, sondern nur durch die Aufsichtsbehörde erzwingbar.

2. Rüdiger, ZVersWiss. **01** 171. Die Bestimmung des § 47 Abs. 2 ist unbillig. Der Gründungsfonds wird im Interesse der Versicherten aufgebracht; der Verein erscheint daher insoweit als Darlehnsschuldner, eine gleiche Behandlung mit anderen Gläubigern wäre also richtig.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1048. Zu den laufenden Geschäften einer Lebensversicherungsgesellschaft gehört auch die vertragsmäßige Erledigung der noch nicht abgelaufenen Versicherungen durch Auszahlung der künftig fällig werdenden Versicherungssummen, mag auch der Versicherungsfall erst nach der Auflösung oder Liquidation eintreten. Auflösung und Liquidation können in sollen Fällen nicht das Erlöschen der laufenden Versicherungen bewirken. Eventuell muß Konkurseröffnung beantragt werden.

§ 48. 1. VAPrV. **5** 67, 68. Einfluß der Geschäftsfirma bei Pensionskassen gewerblicher Betriebe. Schicksale des Vermögens solcher Kassen.

2. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 116. Das Verzugsrecht des § 48 ist kein Absonderungsrecht (ebenso Könige 169 Anm. 4), aber die Vorschriften der KO. sind entsprechend anwendbar.

§ 49. 1. *Thaler, HirthsAnn. **02** 850 ff. Der Satz des § 49 „durch die Eröffnung des Konkurses wird der Verein aufgelöst" gilt für eingetragene wie für nicht eingetragene Vereine. Für die letzteren kommt allerdings zunächst der Satz des BGB. in Betracht: „Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses" (§ 53 Abs. 2 Ziff. 1 PrVUG. mit § 42 Abs. 1 BGB.). Allein mit Rücksicht auf die feststehende Auslegung des Wortes „Auflösung" im Sinne der Fortdauer der Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Körperschaft für das Stadium und den Zweck der Abwickelung und bei Beobachtung der Entstehungsgeschichte des § 42 BGB. kann der Verlust der Rechtsfähigkeit im Sinne dieses Paragraphen nur im Sinne einer „Auflösung" verstanden werden. Ein Unterschied zwischen „nichteintragungspflichtigen" („kleineren") und „eintragungspflichtigen" Vereinen besteht nur in der Unanwendbarkeit der §§ 307 Abs. 2, 3 HGB. bei den ersteren. In diesem Sinne allein ist die Weglassung des § 49 PrVUG. im § 53 PrVUG. aufzufassen.

2. Wörner, VV. 163. Durch Konkurseröffnung verliert der V. a. G. nicht die Rechtsfähigkeit (vgl. Sievers I 585, Rehm (2) 185, Thaler 851, Jäger KO. 209, 848, 530, **RG. 50** 130); diese Wirkung tritt nach § 49 BGB. auch nicht bei kleinen Versicherungsvereinen ein (so Wörner 215, aM. Rehm aaO. 1, aM. auch Manes, GoldschmidtsZ. **52** 125).

§ 50. *Könige § 50 Anm. Im Konkurs eines V. a. G. ist den Mitgliedern eine Aufrechnung unmöglich.

§ 52. 1. Nach RG., JW. **02** 423, gilt der Grundsatz des Abs. 1 Satz 1 auch für das ältere Recht.

2. Hagen, DJZ. **03** 425. § 52 PrVUG. verweist auf die Vorschriften der §§ 106 ff. GenG. 1. 5. 89. Da die Begründung zum § 111 GewGG. (Drucks. VII. LP. IV. Sess. 1888—89 Nr. 28, 243) besagt: „Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen, ist auch für die Versicherungs-Unternehmungen anzuerkennen, daß der Anfechtungsprozeß einer jener seltenen Fälle rein prozeßrechtlicher Streitgenossenschaft ist, in denen die Prozeßführung des einen ohne Vertretungsmacht und ohne Vertretungswillen mit Wirkung für alle anderen ausgestattet ist und Rechtskraft für und gegen sie erzeugt. Die Vorschußberechnung verliert, wenn das ergehende Urteil sie umwirft, ihre vollstreckbare Kraft als Ganzes, auch gegenüber den nichtanfechtenden Versicherten.

3. *Thaler, HirthsAnn. **02** 849. Die durch § 52 Abs. 1 Satz 2 PrVUG. mit § 111 Abs. 1 GenG. auch für den Konkurs des V. a. G. gewährte Anfechtungsklage ist keine Feststellungsklage (RG. **14** 90, Parisius-Crüger, GenG., Erläuterungen zu § 111 GenG.), sondern eine „Rechtsgestaltungsklage" (vgl. L. Seuffert, Konkursrecht 338).

4. **a**) Zwangsvergleich ist bei V. a. G. ausgeschlossen, weil § 100 GenG. anzuwenden ist. So Könige § 52 Anm. 2, Rehm (2) § 52 Anm. 9, Jäger, KO. (2) 751, 807, Wörner, VV. 168 ff., Deybeck 77. **b**) AM. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 108, Alexander-Katz 110, v. Knebel-Döberitz 86.

5. Wegen Ablehnung der Konkurseröffnung und Einstellung mangels Masse vgl. § 68 unter II, 2.

§ 53. 1. Rolfs, Der Begriff des kleinen Vereins, führt aus: I. Die gesetzliche Definition des kleinen Vereins (§ 4). Eine Beschränkung in örtlicher, sachlicher oder persönlicher Beziehung kann mehr oder minder der Versicherungsart schon innewohnen (Lebens-, Feuer-, Kasko-, Bienen-Vers. usw.) oder aber erst in sie hineingetragen werden (12 ff.). Bei der Feststellung, ob eine Begrenzung in sachlicher, örtlicher oder persönlicher Beziehung vorliegt, ergeben sich Zwiespältigkeiten zwischen der wörtlichen Auslegung und der Verkehrsauffassung (12 ff., 16). Eine Beschränkung auf Versicherungszweige ganz spezieller Natur (z. B. Wohnungsinventar, Zuchtpferde, Mietausfälle, Geschworenendiäten usw.) kann bei wörtlicher Auslegung, nicht aber im Sinne des Verkehrs ohne weiteres als enge sachliche Begrenzung gelten (13). Beschränkung der Versicherung auf Lebens-, Feuerversicherung u. a. (12) und ebenso die Beschränkung der Lebens-, Feuerversicherung auf Deutschland, Preußen usw. (13) stellt weder nach wörtlicher Auslegung noch im Sinne des Verkehrs eine enge Begrenzung des Wirkungskreises dar. — Dagegen dürfte z. B. eine auf eine Provinz beschränkte Lebens-, Feuer- oder Zuchtpferdeversicherung i. S. der Wortauslegung räumlich engbegrenzt erscheinen, während dies die Verkehrsauffassung nur bei letztgenanntem Beispiel annehmen dürfte (14). Die Beschränkung auf eine Stadt genügt nicht unbedingt. Es kommt auf die Größe der Stadt und auf den sonstigen Wirkungskreis des Vereins in sachlicher und persönlicher Beziehung an. — Kasko-, Bienen-, Mietausfallversicherung u. a. können sowohl i. S. der Wortauslegung wie der Verkehrsauffassung als persönlich engbegrenzt, die Beschränkung auf bestimmte Personenarten (Beamte, Beamtenkategorien) kann diese Wirkung i. S. des Verkehrs aber nur haben, wenn weitere sachliche und räumliche Beschränkungen hinzukommen (15). Die Verkehrsauffassung stellt ab auf die Zahl der interessierten Personen und die Größe der Interessen sowie auf die Zahl der Versicherungsfälle. Ob die Begrenztheit im letzten Grunde im sachlichen, örtlichen oder persönlichen Wirkungskreis liegt, ist der Verkehrsauffassung

gleich (15). Im Zweifel ist der Verkehrsauffassung nachzugehen (15 ff.). Das Gesetz hätte ebenfalls nur auf einen „bestimmungsgemäß engbegrenzten Wirkungskreis" abstellen sollen, ohne hinzuzufügen, worin diese Begrenzung ihren Grund hat (16 ff.).

II. Unterscheidung nach Art und Umfang des Geschäftsbetriebs (§ 5). Ein zweckmäßiges objektives Unterscheidungsmerkmal ergibt sich nach Analogie des § 2 HGB. daraus, ob der Verein nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ist dies der Fall, dann liegt ein großer, andernfalls ein kleiner Verein vor (ähnlich Sievers, GoldschmidtsZ. 48 532). Dieses Merkmal ist objektiv und der Willkür der Beteiligten entzogen (20 ff.).

III. Bedeutung der Satzung für den Charakter des Vereins (§ 6). „Bestimmungsgemäß" i. S. von § 53 bedeutet satzungsgemäß (ebenso Deybeck 78). Unerheblich ist der tatsächliche, maßgebend nur der satzungsgemäße Wirkungskreis. Zu prüfen ist dieses Moment bei der Zulassung eines entstehenden und bei der eines bestehenden nichtrechtsfähigen (§ 103) Vereins und bei der Prüfung der schon bestehenden rechtsfähigen Vereine. Auch letztere werden künftig in große und kleine Vereine zerfallen (22 ff.). Erlangt der kleine Verein tatsächlich einen großen Wirkungskeis, so muß die Aufsichtsbehörde dafür sorgen, daß der Betrieb mit der Satzung im Einklang bleibt (§ 64) und kann eventuell nach § 67 einschreiten. Ein Einschreiten nach §§ 64, 67 ist aber, wenn ein großer Verein tatsächlich einen kleinen Wirkungskreis hat, nur dann möglich, wenn hierdurch die Interessen der Mitglieder gefährdet werden (24 ff.).

IV. Die Entscheidung über den Charakter des Vereins in Einzelfällen (§ 7). Es steht dem Vereine, der nach seiner Satzung ein großer ist, nicht frei, sich als kleinen zu organisieren. Das verbieten die zu schützenden Interessen der Mitglieder und Dritter. Ebenso kann sich nicht ein kleiner Verein als großer organisieren (aM. Deybeck 53, 101). Dies ist ebensowenig möglich wie daß ein Minderkaufmann sich zum Voll- oder ein Nichtkaufmann sich zum Kaufmann machen kann. Der kleine Verein soll aber rein bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen unterstehen (26 ff.). Zwischen beiden Vereinen bestehen erhebliche innere Verschiedenheiten. Der kleine Verein stellt nicht einen großen Verein dar, dem einige Erleichterungen gesetzlich nachgelassen sind (27). Es besteht keine Präsumtion für das Bestehen eines großen Vereins. Die Aufsichtsbehörde muß stets entscheiden, ob ein großer oder kleiner Verein vorliegt: bei Zulassung neuer Vereine, wie die schon früher bestehenden nicht rechtsfähigen, bei Satzungsänderungen, bei Prüfungen der schon früher bestehenden rechtsfähigen Vereine. Die Zulassung neuer Vereine hat stets doppelten Inhalt: die Konzession und die Entscheidung über den Vereinscharakter. Dasselbe gilt bezüglich bereits früher bestehender Vereine, nur daß in diesen Fällen die Entscheidung anders geartet ist (29 ff.). Solange ein Ausspruch der Aufsichtsbehörde nicht vorliegt, ist es ungewiß, ob ein großer oder ein kleiner Verein vorliegt (33). Der Ausspruch ist konstitutiv (32). Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 3 ist die Anfechtung auf den Fall beschränkt, daß die Anerkennung des Vereins als kleiner versagt wird (33 Anm. 1). Die Vorschrift des § 84 ist nur für die Fälle von Bedeutung, in denen die Entscheidung über den Charakter des Vereins nicht schon in einer anderen Entscheidung enthalten ist, für die die gleiche Anfechtbarkeit und das gleiche Verfahren besteht. Das ist nur der Fall, wenn die Aufsichtsbehörde eine selbständige Entscheidung über den Charakter des Vereins oder wenn sie nach § 64 eine Anordnung ohne Strafandrohung erläßt (34).

2. Moldenhauer, Auff. 93. Ob ein Versicherungsverein als „kleinerer" anzusehen ist, wird sich in erster Linie danach richten, ob in sachlicher, örtlicher

oder persönlicher Beziehung eine enge Begrenzung des Wirkungskreises vorliegt. Es genügt an sich das Vorliegen einer dieser Beziehungen. In Ausnahmefällen kann aber die Wirkung dieser engen Begrenzung durch eine bedeutende Ausdehnung nach der einen oder anderen Seite wieder aufgehoben werden (z. B. Versicherung von Kirchtürmen gegen Blitz und Sturm, aber ausgedehnt auf ganz Deutschland, Lebensversicherung für Berlin und nächste Umgebung).

3. Wörner, VV. 209. Ob ein kleinerer Versicherungsverein vorliegt, hängt mit von der Bevölkerungsdichte ab; trotz örtlicher Beschränkung auf Berlin oder Leipzig kann doch das Vorhandensein eines kleineren Vereins verneint werden.

4. **a**) VAPrV. 5 28. Ein kleinerer Versicherungsverein liegt vor, wenn der Verein sich auf das Deutsche Reich erstreckt und aufnahmefähig jedes Mitglied eines in Deutschland bestehenden katholischen Vereins sein soll, vorausgesetzt, daß die Höchstsumme 1000 M. für jedes Mitglied und nur ausnahmsweise 2000 M. (1 % aller Versicherungen) betragen darf. **b**) VAPrV. **2** 34. Ein Versicherungsverein ist auch dann als kleinerer anzuerkennen, wenn eine enge Begrenzung seines Wirkungskreises in einer der im § 53 angegebenen Richtungen (sachlich, örtlich, Personenkreis) gegeben ist. Ob eine solche enge Begrenzung vorliegt, kann nur nach den Verhältnissen des Einzelfalles entschieden werden, die Merkmale sind durchaus relativ. **c**) BayVerwGerichtshof. Der Bayerische Juristenverein ist ein kleinerer Verein (Reger **23** 171). Ausschlaggebend ist nicht schon, daß eine der im § 53 genannten Voraussetzungen zutrifft, vielmehr ist die Gesamtheit der für den Wirkungskreis des Vereins maßgebenden Umstände in Betracht zu ziehen (Reger **23** 166 ff.). Witwen- und Waisenunterstützungsverein der Schullehrer in München ist ein kleinerer Verein. Auch auf Pensionskassen ist § 53 anwendbar (Reger **23** 332). Vgl. auch Samml. v. Entsch. d. Kgl. BayVerwGH. **24** 42 ff.

5. *Lessing, SächsA. **12** 1 ff. Unternehmungen mit eng begrenztem Wirkungskreise kann die Aufsichtsbehörde als „kleinere Vereine" konzessionieren. Die Verfassung der letzteren ist nicht nach dem Vorbilde der Aktiengesellschaft, sondern unter Anwendung der Vorschriften des BGB. über die rechtsfähigen Vereine geregelt.

6. Moldenhauer, Auff. 95. Schriftlichkeit ist für die Satzung des kleineren Vereins nicht vorgeschrieben.

7. *Könige. a) Bei Vereinen ohne Eintragungspflicht kann die Vertretungsmacht des Vorstandes nach außen wirksam nur durch die Satzung, nicht aber durch Beschluß der Mitgliederversammlung beschränkt werden. Es kommt alsdann auf die Kenntnis des Dritten von der in der Satzung enthaltenen Beschränkung an (§ 53 Anm. 9 a). b) Gegen den Auflösungsbeschluß eines VV. ohne Eintragungspflicht gibt es keine Anfechtungsklage, sondern nur eine Anrufung des Aufsichtsamts (§ 53 Anm. 11).

8. Wörner, VV. 229. Untersagung des Geschäftsbetriebs regelt sich auch bei kleineren Versicherungsvereinen nicht nach BGB. (Deybeck 81, Zehnter 82).

9. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **06** 314. Ein kleiner V. a. G. darf weder ins Handelsregister noch in ein sonstiges Register (Vereinsreg., Genossenschaftsreg.) eingetragen werden.

IV. Geschäftsführung der Versicherungsunternehmungen.

1. Allgemeine Vorschriften. Rechnungslegung.

§ 54. I. Alexander-Katz, Genehmigung zum Grundstückserwerbe von Versicherungsgesellschaften, ZVersWiss. **03** 477 ff. a) Die Aufsichtsbehörde hat auch beim Grundstückserwerbe die Gesellschaften zu beaufsichtigen, nicht aber zu bevormunden. Ihre Genehmigung ist keine materiell-rechtliche Rechtshandlung, die

in die obligatorischen Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Dritte eingreift. Die Genehmigung ist nur nötig zur Eintragung des Eigentumserwerbs ins Grundbuch, nicht aber zum obligatorischen Vertrag oder zur Auflassung. Der obligatorische Vertrag ist auch ohne Genehmigung wirksam und nicht gegen ein Verbotsgesetz verstoßend. Die Gesellschaft muß ihn erfüllen und etwa stipuliertes Reugeld zahlen. Daher ist es ratsam, daß sie nur unter dem Vorbehalt oder unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigungserteilung kauft (478, 479). — Von der Gesellschaft beliehen ist ein Grundstück auch dann, wenn die Gesellschaft eine aufhaftende Hypothek als Rechtsnachfolgerin erwirbt. Ob das geschieht, um im Wege der Zwangsversteigerung die Genehmigung zum Eigentumserwerbe zu umgehen, ist gleichgültig. Dem Grundbuch- und Zwangsversteigerungsrichter steht insoweit keine Prüfung zu. Lediglich § 64 ist anwendbar. Der Hypothek stehen Grund- und Rentenschuld gleich (479). — Die Entscheidung wegen der Genehmigung nach § 54 Abs. 1 u. 2 ist in keinem Falle anfechtbar, sie braucht daher nicht mit Gründen versehen zu sein (480). — Eine Sicherung der eingetragenen Forderung steht nicht in Frage, wenn die Gesellschaft die Forderung nur erwarb oder eintragen ließ, um die Genehmigung zum Eigentumserwerbe zu erzwingen. Die Behörde kann ihre Prüfung hierauf erstrecken und ihre Genehmigung versagen (481). b) Ausländische Gesellschaften bedürfen zum Grunderwerbe nur der Genehmigung des APrV. Ebenso wie für inländische Gesellschaften, ist auch für ausländische das Erfordernis irgendwelcher landesrechtlichen weiteren Erlaubnis weggefallen. Das gilt nicht nur bezüglich Art. 86, sondern auch bezüglich Art. 88 EGBGB. Unrichtig Elbertzhagen, ZVersWiss. **02** 114 ff., Könige 152, Knebel-Döberitz 92, die den Art. 88 für nicht aufgehoben erachten. Es wäre aber staatsrechtlich widersinnig, die ausländischen Gesellschaften zwei verschiedenen Instanzen zu unterstellen. Es war gerade beabsichtigt, sie den Reichsorganen zu unterstellen, weil diese sowohl etwaige internationale und sonstige politische Fragen lösen sollen. Anderenfalls würde die vom Reichskanzler und APrV. den ausländischen Gesellschaften gegenüber mit wahrgenommene Fremdenpolizei auch noch von einer Landesinstanz geübt werden. Ueberdies wären Fälle möglich, wo auf die Reichsgenehmigung ein Rechtsanspruch besteht (§ 54 Abs. 2!), während die landesrechtliche Erlaubnis nach freiem Ermessen erteilt werden könnte. Widerstreitende Entscheidungen würden also möglich sein. Es kommt auch sonst im Gesetze nicht vor, daß eine Gesellschaft unter doppelter Aufsicht steht. Eine Lücke enthält § 54 Abs. 2 daher nicht, er bezieht sich nur auf deutsche Unternehmungen, eine Bezugnahme auf Art. 88 EGBGB. wäre daher an dieser Stelle sinnlos gewesen (482 ff.). Vgl. hierzu unten V.

II. 1. Wörner, VV. 102. Verträge auf Grunderwerb sind bis zur aufsichtsbehördlichen Genehmigung unwirksam. Rechtswirksam ist aber der Erwerb von Wertpapieren ohne hierzu erforderliche aufsichtsbehördliche (§ 59) Genehmigung (aM. Zehnter aaO.)

2. *Lessing, SächsA. **12** 1 ff. Dem Grundbuchamte ist die Genehmigung nachzuweisen. Kaufverträge oder Auflassungen, die ohne erforderliche Genehmigung geschehen, sind nichtig.

3. Moldenhauer, Aufsicht 131. Das Erfordernis der Genehmigung hat privatrechtliche Bedeutung (§ 134 BGB.) und zwar auch dort, wo solche landesrechtlichen Bestimmungen nicht bestanden.

4. Zehnter, ABürgR. **20** 4 (s. o. zu § 1 ff. u. Ziff. 3) nimmt bis zur erfolgenden Genehmigung Unwirksamkeit an.

III. Wörner, VV. 151 ff. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung zum Erwerbe eines für den V. a. G. hypothekarisch belasteten Grundstücks kann ab-

gelehnt werden, wenn die hypothekarische Beleihung nur deshalb erfolgte, um die aufsichtsbehördliche Genehmigung zu erlangen. Der V. a. G. kann auf Erteilung der Genehmigung zum Grunderwerbe klagen, wenn sie grundlos verweigert wird.

IV. 1. VAPrV. 3 115. Genehmigung zum Erwerbe eines nicht für den Versicherungsbetrieb bestimmten Grundstücks ist auch bei einer Aktiengesellschaft nötig, die neben Versicherung noch intern völlig getrennte andere Geschäfte betreibt.

2. VAPrV. 3 51. Inländische Unternehmungen bedürfen zum Eigentumserwerb an in- und ausländischen Grundstücken der Genehmigung, ausländische Unternehmungen nur bei inländischen Grundstücken (§ 85 Abs. 2).

3. Über Auflassung von Grundstücken der abtretenden an die übernehmende Gesellschaft und die Genehmigung hierzu vgl. KG., KGJ. 25 A 286, s. o. zu § 14 unter 10.

V. 1. Moldenhauer, Auff. 131. Art. 88 EGBGB. ist nicht wie Art. 86 das. aufgehoben. Ausländische Gesellschaften bedürfen also unter Umständen einer doppelten Erlaubnis. Die Gründe beider Bestimmungen sind verschieden: die eine will die Grundstücksspekulation im Interesse der Versicherten hindern, die andere aber den Grundstückserwerb von Ausländern aus politischen Gründen hemmen.

2. § 54 stellt eine offenbare Lücke dar. Wenngleich die landesrechtliche Genehmigung gemäß Art. 86 EGBGB. gefallen ist, so ist doch die Bestimmung des Art. 88 EGBGB. aufrechterhalten; der Wille, auch diese Genehmigung auszuschließen, ist im Gesetz nicht klar zum Ausdruck gekommen. Die landesrechtlich erforderliche Genehmigung zum Grunderwerbe durch Ausländer (also auch ausländische Versicherungsunternehmungen) ist auch weiterhin nötig. Elbertzhagen, ZVersWiss. 02 115. (E. spricht diese Meinung nicht klar aus, nach der Fassung seiner Abhandlung ist aber anzunehmen, daß er sie teilt.)

3. Vgl. auch o. unter I b, Alexander-Katz, und die dort zitierten Schriftsteller; ferner auch Alexander-Katz, AssekJ. 04 120.

4. Über die Notwendigkeit etwaiger landesrechtlicher besonderer (abgesehen von der des § 54) Erlaubnis zum Grunderwerbe für ausländische Gesellschaften vgl. auch VAPrV. 5 97.

5. Vgl. auch zu § 116 unter 3.

VI. *Könige § 54 Anm. 2 u. 3. Die Vertretungsbefugnis der Vorstände, Liquidatoren und Hauptbevollmächtigten von Versicherungsaktiengesellschaften und V. a. G. ist nach außen insofern wirksam beschränkt, als der Erwerb von Grundstücken ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde ungültig ist, wenn es sich nicht um den Erwerb von ihnen beliehener Grundstücke im Zwangsversteigerungsverfahren handelt. Dem Grundbuchamt ist daher vor der Eintragung des Erwerbs die Genehmigungsurkunde vorzulegen.

§ 55. 1. VAPrV. 5 16. Im Jahresabschlusse (der Hagel- und Viehversicherungsgesellschaften, vgl. betr. Unfall- und Haftpflichtversicherung VAPrV. 1 97) ist es nicht zulässig, die Prämie ohne Abzug der bedingungsmäßigen Rabatte in Einnahme und gleichzeitig einen entsprechenden Betrag in Ausgabe zu stellen.

2. VAPrV. 5 97. Verpflichtung der Gesellschaften, die ihren Beamten einen Rechtsanspruch auf Pension gewähren, einen entsprechenden Betrag als Passivum in die Bilanz einzustellen.

3. Über die privatrechtliche Bedeutung von § 55 Abs. 3 vgl. Zehnter, ABürgR. 20 4.

4. Über den Unterschied von Prämienreservefonds und Reservefonds s. § 37 unter 2.

2. Besondere Vorschriften für die Prämienreserve bei der Lebensversicherung.

§ 56. Vgl. hierzu **a)** Höckner, Deckungskapital (Prämienreserve, Minimalwert und Rückkaufswert von Lebensversicherungspolicen, ZVersWiss. **05** 551 ff. **b)** Höckner, Bedeutung des Deckungskapitals im Lebensversicherungsbetrieb, ZVersWiss. **05** 311 ff. (vgl. auch 457 ff.). — Beides mathematischer Natur. — **c)** Emminghaus, Die staatliche Beaufsichtigung der Vermögensanlagen von Versicherungsunternehmungen nach deutschem Rechte, AssekJ. **06** 3 ff. E. lobt die einschlagenden Bestimmungen des PrVUG. (§§ 8, 54, 56 ff., 90, 99, 106) und die Praxis des APrV. und kritisiert die vom APrV. herausgegebenen „Beleihungsgrundsätze" (VAPrV. **4** 42 ff.)

I. Moldenhauer, Auff. 139. Unterschieden wird Prämienreserve, d. i. eine lediglich mathematische Größe und ein ihr entsprechender Bilanzposten, und Prämienreservefonds, d. i. das in Höhe der Prämienreserve angesammelte und zu ihrer Deckung bestimmte Kapital, also reale Werte, nicht bloße Buchungsposten. Vgl. §§ 57 Abs. 2 u. 3, 59, 60, 61 u. m., nicht streng geschieden in §§ 58, 106 Ziff. 2.

II. 1. VAPrV. **4** 16, 81. Eine Einbeziehung der Prämienüberträge (Begriff der Prämienüberträge: Rehm (2) 87) in das Prämienreservesoll ist bei den Gesellschaften, deren Rechnungsgrundlagen eine Trennung der Überträge und der Reserve vorsehen, nicht nötig; diese dürfen die ihren Rechnungsgrundlagen entsprechend berechnete bilanzmäßige Prämienreserve dem Soll des Prämienreservefonds zugrunde legen.

2. VAPrV. **4** 81. Eine Anrechnung der Sicherheiten, zu deren Bestellung Haftpflichtversicherungsgesellschaften auf Klage des dritten Verletzten verurteilt sind, auf die Prämien(renten)reserve ist nicht zulässig; diese soll den Versicherungsnehmer sichern, jene dienen dem Verletzten.

3. VAPrV. **5** 97. Nötig ist Zurückstellung einer individuell berechneten Reserve für erloschene Versicherungen, deren Wiederaufleben einseitig vom Versicherten bedingungslos verlangt werden kann, wofern nicht die entsprechende Reserve im Prämienreservefonds belassen wird.

III. 1. VAPrV. **5** 18. Die Bestimmungen über die Prämienreserve sind anwendbar auf die Prämienrückstellungen der lebenslänglichen Eisenbahn- und Dampfschiff-Unglückversicherung.

2. VAPrV. **5** 27. Die Bestimmungen des PrVUG. über Prämienreserven (§§ 56 ff.) sind auch anwendbar auf die Rückstellungen für die laufenden Renten der Unfall- und Haftpflichtversicherung.

IV. Abs. 2. Moldenhauer, Auff. 140 ff. § 56 Abs. 2 bezieht sich an sich nur auf die nach dem 1. 1. 02 abgeschlossenen Versicherungen (vgl. § 99 u. Knebel-Döberitz 156). Das Gesetz ist aber ausdehnend auszulegen und § 56 Abs. 2 auf sämtliche bestehenden Versicherungen zu beziehen.

V. Zur steuerrechtlichen Behandlung der Prämienreserve vgl. VAPrV. **5** 114 ff.

§ 57. Vgl. hierzu **a)** Gerkrath, ZVersWiss. **01** 46 ff. **b)** Emminghaus, ZVersWiss. **01** 182 ff. **c)** Emminghaus, Mit welchen Beträgen sollen Effektenwerte in die Aktiva einer Lebensversicherungsgesellschaft eingestellt werden? Masius'Rundschau **00** 215 ff. Unger, Die Bewertung der Wertpapiere für die Bilanzen und Vermögensübersichten im Versicherungswesen, Masius'Rundschau **03** 339 ff. Samver, Die Anlage der Prämienreserve in ausländischen Werten, Masius'Rundsch. **01** 333 ff.

1. Moldenhauer, Auff. 144. Die Anlage von Kapital in ausländischen Werten ist im Gesetz nicht erwähnt, aber nicht verboten (vgl. Knebel-Döberitz 98 ff.)

2. Moldenhauer, Aufs. 141 ff. Die vom § 57 Abs. 1 verlangte „unverzügliche" Bildung bzw. Erhöhung des Prämienreservefonds kann erst nach Schluß des betreffenden Jahres erfolgen (ebenso: Knebel-Döberitz 96, Könige 157, Müller-Prager 148). Eine Zuführung der Prämienreserve an den Prämienreservefonds sofort nach Eingang der Prämie verlangen Alexander-Katz 135 und Deybeck 92. Sie ist aber praktisch undurchführbar und vom Gesetz nicht gewollt.

3. VAPrV. **4** 82. Die Löschung zurückgezahlter Hypotheken im Prämienreserveregister hat sofort nach Zahlung, nicht erst nach Eingang der grundbuchamtlichen Löschungsnachricht zu erfolgen.

4. VAPrV. **3** 51. Die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung muß durch einen Richter oder Notar erfolgen. Der Gerichtsschreiber ist unzuständig, sollte er auch durch das Landesrecht (z. B. Weimar) zur Beglaubigung von Abschriften für befugt erklärt sein; § 200 FGG. findet auf § 57 Abs. 3 PrVUG. keine Anwendung.

§ 58. VAPrV. **2** 122. § 58 hat keine rückwirkende Kraft.

§ 59. I. Ziff. 1. 1. VAPrV. **2** 122. Deckung des Prämienreservefonds durch inländischen Grundbesitz der Gesellschaft ist nicht möglich; es kann nur Bestellung einer Grundschuld an demselben zugunsten der Gesellschaft und Verwendung dieser Grundschuld nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften erfolgen.

2. ZBlFG. **5** 254 ff. (Hamburg). Vermerk im Grundbuch, daß über eine Grundschuld nur mit Genehmigung des APrV. verfügt werden kann, ist zulässig.

3. VAPrV. **3** 119. Anlegung der Prämienreserve in fremden Wertpapieren (des Rückversicherers) ist zulässig, aber nur unter Pfandrechtseinräumung.

4. VAPrV. **3** 164 (vgl. auch VAPrV. **4** 83). Inländische Kirchengemeinden sind nicht unter die kommunalen Körperschaften i. S. von § 1807 Abs. 1 Ziff. 4 BGB. zu rechnen. Verbriefte Forderungen gegen dieselben können nur gemäß § 59 Abs. 1 Ziff. 4 PrVUG. mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Anlegung verwendet werden. Vgl. Bek. v. 7. 7. 01, RGBl. 263.

II. Ziff. 3. Vgl. VAPrV. **2** 113, 114, **5** 58 (o. zu § 9).

III. Ziff. 4. 1. Vgl. o. Ziff. 1 unter 4.

2. VAPrV. **2** 122. Diese Bestimmung ist durch die Bek. d. RK. v. 7. 7. 01, RGBl. 263, betroffen; die in genannter Bekanntmachung bezeichneten Wertpapiere fallen nunmehr unter § 59 Abs. 1 Ziff. 1 und es entfällt somit die aufsichtsbehördliche Anlegungsgenehmigung.

3. Zehnter. Zuwiderhandlungen sind bis zur Genehmigung unwirksam; s. o. zu §§ 1 ff. Ziff. 3.

§ 60. *Linde, Zur Ermittelung des Verkaufswertes eines Grundstückes, ZVersWes. **04** 100 ff. Der „Verkaufswert" (besser „Verkehrswert" oder „Handelswert") ist nicht ein selbständiger Faktor neben dem „Taxwerte"; er ist nur ein Korrektiv zu demselben. Er wird unter normalen Verhältnissen mit dem „Taxwerte" übereinstimmen, er korrigiert ihn event. nur insofern, als bei seiner Ermittelung nur die dauernden Eigenschaften eines Grundstücks und nur derjenige Betrag zu berücksichtigen ist, welchen das Grundstück bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann. — Der Verkaufswert ist nicht gleichbedeutend mit dem erzielten Kaufpreise. — Der Verkaufswert ist derjenige Wert, welchen ein Grundstück als auskömmlich rentable Kapitalanlage unter normalen Verhältnissen für jeden Erwerber und voraussichtlich zu jeder Zeit repräsentiert.

§ 61. I. Schloß, Die Rechte der Versicherten an der Prämienreserve (Diss. Erlangen 1904). a) Die Entstehung der Rechte. (4 ff.) Der vom Versicherer für spätere Zwecke zurückgestellte Teil der Nettoprämie jedes Versicherten

wird Prämienreserve oder besser Deckungskapital genannt. — Die Aufbewahrung und verzinsliche Anlegung der Prämienreserve ist lediglich eine notwendige Folge seiner mathematischen Berechnung der Prämie, welche davon ausgeht, daß der gegenwärtige Wert der Gesamtausgaben des Versicherers dem gegenwärtigen Werte seiner Gesamteinnahmen gleich ist. (9 ff.) Die Prämienreserve ist rechtlich und wirtschaftlich Eigentum des Versicherers und dieser ist durch den Versicherungsvertrag nicht gehindert, unumschränkt über den Prämienreservefonds zu verfügen. — Der Versicherte hat auch auf Grund des Vertrags keinen Anspruch auf die Prämienreserve im Konkursfalle. Der Prämienreservefonds gehört zur Konkursmasse. — Jedoch ist der Versicherte nach dem PrVUG. durch die Staatsaufsicht geschützt und er hat durch § 61 PrVUG. bestimmte Rechte erlangt, jedoch nur für die Zeit nach Konkurseröffnung. Ob er auch vorher Rechte auf die Prämienreserve hat, hat das Gesetz der Theorie überlassen. (73) Privatrechtliche Bedeutung haben §§ 15^2, 19, 53, 54^2, 61^2 b) Das Recht des Versicherten auf die Prämienreserve vor der Konkurseröffnung (II. Kap.). (14 ff.) Dem Versicherten stehen die ihm durch § 61 PrVUG. eingeräumten Rechte schon vor der Konkurseröffnung als durch diese aufschiebend bedingt zu. Der Versicherte kann daher 1. Arrest oder einstweilige Verfügung (§§ 916, 935, 940 ZPO.) erwirken, z. B. wegen Anlegung des Prämienreservefonds in einfachen Wertpapieren. 2. Aktiengesellschaften, Gegenseitigkeitsvereine und Vereine nach § 21 BGB. dürfen im Falle ihrer Liquidation ihr Vermögen dem Anfallberechtigten nur dann ausantworten, wenn den Versicherten für ihr bedingtes Recht gemäß § 232 BGB., § 59 PrVUG. Sicherheit geleistet wird. 3. Der Versicherte hat nach Konkurseröffnung Schadensersatzanspruch gegen den Versicherer wegen einer vor Konkurseröffnung erfolgten schuldhaften Verletzung dieses Rechtes. 4. Dingliche Wirkung gegen Dritte i. S. von § 161 BGB. hat dieses Recht nicht. Der Versicherte hat keine Ansprüche gegen Dritte bei Zwangsvollstreckung oder rechtsgeschäftlichen Eingriffen. Deshalb bindet das Gesetz den Versicherer in der Verfügung über die Reserve. (18 ff.) Das Recht des Versicherten entsteht nicht mit Abschluß des Versicherungsvertrags, sondern in dem Momente, in dem nach den Rechnungsgrundlagen eine Prämienreserve vorhanden sein soll. Sein Gegenstand ist die rechnungsmäßige Prämienreserve. (20 ff.) Die Bestimmung des § 61 Abs. 1 (Erlöschen des Versicherungsverhältnisses durch die Konkurseröffnung) ist nicht im Hinblick auf die angebliche Natur der Lebensversicherung als Spar- und Versicherungsvertrag erfolgt, sondern lediglich deshalb, weil durch das Recht des Versicherten auf die Prämienreserve der Gesellschaft die Fortsetzung der Versicherung tatsächlich unmöglich gemacht wird. (22) Ein Recht auf die Prämienreserve steht den Versicherten — abgesehen vom Konkurs — in anderen Auflösungsfällen nur dann zu, wenn es ihnen durch die Satzung oder die allgemeinen Versicherungsbedingungen eingeräumt ist. c) Die Konkursforderung der Versicherten auf die rechnungsmäßige Prämienreserve (III. Kap.). (23) Die Anmeldung als Prämienreservefondsforderung enthält auch die Anmeldung der nicht berechtigten Konkursforderung, für welche die ganze Konkursmasse haftet. (25 ff.) Die rechnungsmäßige Prämienreserve des § 61 ist die Summe der jährlichen Prämienreserven. — Der Versicherte hat ein Recht auf die volle Prämienreserve, wie sie sich aus der Berechnung nach §§ 56, 11 ergibt, einschließlich der Rückversicherungsreserve (§ 58). Derjenige Betrag, den der Versicherer tatsächlich dem Prämienreservefonds zuführt oder zuzuführen unterläßt, kommt für die Berechnung der Prämienreserve nicht in Betracht. Daß die Prämienreserve ganz oder teilweise durch den Prämienreservefonds nicht gedeckt ist (Zillmerei!), wirkt zwar auf das Vorzugsrecht, nicht aber auf die nicht privilegierte Konkursforderung der

Versicherten ein (30, 31). (29) § 11 zwingt die Aufsichtsbehörde nicht, die Zillmerei zu erlauben. (31) Ein Recht auf die Prämienreserve haben nur die Personen, die zur Zeit der Konkurseröffnung versichert sind, die also ihre Ansprüche nicht verwirkt oder verloren hatten. — Die vor Konkurseröffnung entstandenen Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis bestehen auch nach Konkurseröffnung fort und können neben der Konkursforderung auf die Prämienreserve als weitere Konkursforderung geltend gemacht werden. (33/34) Das Recht auf die rechnungsmäßige Prämienreserve erlischt nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs, nicht aber bei Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse. — Gegen Entscheidungen auf Herabsetzung der Frist des § 99 Abs. 2 haben weder die Gläubiger der Gesellschaft noch die Versicherten ein Rechtsmittel. d) Das Vorzugsrecht der Versicherten am Prämienreservefonds (IV. Kap.) (38 ff.) Die Eintragung der den Prämienreservefonds bildenden Bestände in das Register hat konstitutive Bedeutung. Nur die eingetragenen Gegenstände haften dem Vorzugsrecht. An sich ist die volle rechnungsmäßige Prämienreserve dem Fonds zuzuführen mit 3 (aM. Manes 116) Ausnahmen (§§ 57 [1], 11, 121). Ohne Belang für den Umfang des Vorzugsrechts ist es, welche Beträge tatsächlich dem Fonds zugeführt sind (Überschreitung des 12 ½ ‰ des § 11). (40 ff.) Das Vorzugsrecht des § 61 ist genau dem des Pfandbriefgläubiger nachgebildet. Damit ist der Streit über die Natur dieses Vorzugsrechts (Absonderungsrecht nach §§ 48, 49 KO. oder Konkursprivileg nach § 61 KO.) auf das Versicherungsrecht übertragen (vgl. über die verschiedenen Ansichten 41 Anm. 12). Zur Annahme eines Aussonderungsrechts müssen die gelangen, die die Prämienreserve als Eigentum, Darlehen oder Sparkapital der Versicherten ansehen. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Annahme eines Absonderungsrechts ist aber gleichfalls unrichtig, vor allem deshalb, weil die Befriedigung der Berechtigten innerhalb des Konkurses erfolgt und ihr Anspruch eine Konkursforderung und anzumelden ist. Am meisten kommt das Recht dem Vorzugsrecht des § 61 KO., wennschon auch nur in zweifelhafter Weise, nahe. (46) Stimmrecht steht den Vorzugsberechtigten in Höhe ihrer gesamten vorzugs-, event. nicht vorzugsberechtigten Forderung zu bei allen Maßnahmen, die nicht lediglich den Teil der Masse betreffen, der für das Vorzugsrecht nicht haftet. (47) Der Vorzugsberechtigte braucht nicht den Nachweis nach § 153 KO. zu führen (vgl. Seuffert, ACivPr. **27** 108 ff.), ebensowenig den Nachweis des erfolgten Ausfalls. Der Verzicht auf das Vorzugsrecht muß dem Konkursverwalter gegenüber erfolgen. (48) Die Vorzugsberechtigten haben auch Vorrang vor den nach § 61 KO. privilegierten Forderungen (s. auch Thaler 824). — Massekosten und Masseschulden fallen dem Prämienreservefonds zur Last, wenn und soweit sie demselben zugute kommen (vgl. Seuffert aaO. 105, Könige § 61 Anm. 5). (48 ff.) Das Vorzugsrecht des Versicherten ist in einigen Punkten in einer mit § 61 KO. unverträglichen Art geregelt. Es ist aber doch eine bevorrechtigte Konkursforderung, wennschon neuer Art. Daher sind §§ 62, 63, 170, 191 Abs. 2 KO. entsprechend anwendbar. (50) Eine erfreuliche Ergänzung des Vorzugsrechts des § 61 PrVUG. bildet die Bestimmung der §§ 167, 168 des Entwurfs eines Reichsges. über den Versicherungsvertrag (nicht ausschließbares Recht des Versicherten auf die rechnungsmäßige Prämienreserve bei Vertragsaufhebung).

II. Wörner, VB. 200. Der Anspruch auf die rechnungsmäßige Prämienreserve (§ 61 Abs. 2) entsteht mit der Konkurseröffnung. (AM. Schloß 14 ff.)

III. *Thaler, HirthsAnn. **02** 825 ff. Über den durch § 61 Abs. 2 Halbs. 2 PrVUG. gewährten Anspruch auf die rechnungsmäßige Prämienreserve ist folgendes zu bemerken: 1. rechtliche Natur. a) Es handelt sich um

kein „Absonderungsrecht" im Sinne des § 47 KO., wie Rehm Anm. 12 zu § 61 PrVUG. annimmt, b) um keinen Anspruch der im § 61 Ziff. 1—5 KO. bezeichneten Art, also nicht um ein Generalvorzugsrecht, sondern vielmehr c) um ein spezielles Konkursprivileg, das sich nur auf einen Teil der Konkursmasse bezieht. Ebenso Könige Anm. 4 zu § 61 PrVUG., Jäger 842 Anm. 3 (Nachtrag) zu § 47 KO. 2. Die Begründung des Anspruchs auf die Prämienreserve ist lediglich darin zu suchen, daß der Gesetzgeber aus Billigkeitserwägungen eine positive Norm zugunsten der Versicherten aufgestellt hat. Man kann also ihr Vorrecht nicht damit erklären, daß man den Lebensversicherungsvertrag, wie Rüdiger, Ehrenberg, König, Thöl u. a. als mixtum negotium, insbesondere als Versicherungs- und Sparvertrag, als aleatorisches Darlehen oder Kaufvertrag und dgl. auffaßt. Der Lebensversicherungsvertrag ist vielmehr als ein einheitlicher Vertrag und in Übereinstimmung mit Cosack, Handelsrecht § 129 unter 1, als „echte" Versicherung zu betrachten. Noch weniger kann man zur Begründung jenes Privilegs annehmen, die Versicherten hätten an der Prämienreserve ein Eigentums- oder Pfandrecht. Dies ist nicht der Fall; die Prämienreserve steht im ausschließlichen Eigentum des Versicherers.

IV. 1. Moldenhauer, Auss. 159. § 61 Abs. 2 stellt einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung dar und gibt ein Recht auf bevorzugte, nicht auf abgesonderte, Befriedigung. Dieses Recht wird schon durch Anmeldung der Prämienreserveforderung geltend gemacht.

2. Wörner, VV. 201. § 61 Abs. 3 Satz 1, 2 stellt ein Konkursprivileg (vgl. Thaler 827) dar, nicht ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (ebenso Knebel-Döberitz 102; Rehm (2) 256).

V. 1. *Könige § 61, 6. Die Versicherten sind, soweit sie beim Prämienreservefonds ausfallen, im Konkurse wie Absonderungsgläubiger zu behandeln. Soweit sie Deckung aus dem Prämienreservefonds erhalten, sind sie nicht stimmberechtigt; im übrigen stimmen sie mit ihrem ausgefallenen Betrag; soweit jedoch allgemein wirksame Maßregeln, z. B. die Wahl des Konkursverwalters zur Abstimmung gebracht werden, stimmen sie mit dem Vollbetrag ihrer Forderung.

2. Vgl. auch oben Schloß 46 ff.

VI. VAPrV. **2** 137 (Hamburg). Bei Konkurs der Versicherungsaktiengesellschaft kann der noch auf Jahre hinaus Versicherte bei Nichteintritt des Verwalters in den Vertrag seinen Schaden durch Eintritt bei einer anderen Versicherungsaktiengesellschaft und Anmeldung der etwaigen Mehrprämien zum Konkurse liquidieren. Eintritt des Verwalters liegt nicht vor, wenn er für den Nehmer bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Versicherung nehmen will, da der Nehmer sich eine solche Gesellschaft nicht gefallen zu lassen braucht.

§ 62. 1. *Könige § 62 Anm. 6. Dem Pfleger verleiht das Recht der Forderungsanmeldung auch das Stimmrecht, wenn der Versicherte nicht anders befindet.

2. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 120. Das Amt des Konkurspflegers ist lediglich privatrechtlicher Natur.

3. Vgl. VAPrV. **4** 4.

§ 63. **a**) Vgl. § 56 unter III 1 u. 2. **b**) VAPrV. **3** 113. § 63 gilt auch für Haftpflichtversicherungen. **c**) AM. Rehm (2) § 63 Anm. 1. **d**) Bezüglich der Kollektivunfallversicherungen vgl. VAPrV. **5** 18.

V. Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen.

1. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden.

§ 64. 1. VAPrV. **4** 4. Die Nichtbeachtung der vom APrV. aufgestellten Beleihungsgrundsätze (VAPrV. **3** 43 ff.) bedeutet nicht ohne weiteres eine Rechtswidrigkeit, die ein Einschreiten nach §§ 64, 67 begründen würde.

2. VAPrV. 5 113. Es widerspricht der Vorschrift des § 21 Abs. 1 und rechtfertigt ein Einschreiten nach § 64 Abs. 2, wenn eine Viehversicherung a. G., die eine Nebenversicherung gegen Nachschuß eingerichtet hat, sich durch Vertrag mit der Nachschuß-Rückversicherungsgesellschaft verpflichtet, von den nachschußversicherten Mitgliedern eine höhere Prämie zu erheben und die Mehrdifferenz zur Hälfte an die Rückversicherungsgesellschaft zu zahlen.

3. VAPrV. 4 94 (Anh.) (Cöln). Agenturvertrag mit Pflichtpensum verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Vgl. VAPrV. 4 39.

4. Vgl. o. zu § 30 unter I 2 b β.

§ 65. 1. VAPrV. 4 110. Die Aufsichtsbehörde hat auch das Recht, nähere Auskunft über die Tantiemeberechnung, auch über die gemäß § 55 erlassenen Vorschriften hinaus, zu verlangen.

2. VAPrV. 5 98. Das APrV. kann auch die Einsendung von Akten der Gesellschaften fordern, es ist nicht darauf beschränkt, die Akten in den Räumen der Gesellschaft einzusehen.

3. Alexander-Katz, AssekJ. 04 109/110. § 63 Abs. 3 ist auf ausländische Gesellschaften unanwendbar. Das APrV. könnte höchstens die Bildung von Vertretungsorganen der inländischen Versicherten betreiben und diesen gegenüber die Rechte aus § 65 Abs. 3 ausüben.

§ 67. 1. Zehnter, ABürgR. 20 9. § 67 ist anwendbar in den vom BGB. für dessen Vereine im § 43 geregelten Fällen.

2. Moldenhauer, Aufsicht 149. Grund zur Untersagung des Geschäftsbetriebes bildet z. B. eine fortgesetzte unlautere Anwerbepraxis, gewohnheitsmäßiger Abschluß von Lebensversicherungen als Grundlage für Wuchergeschäfte der Agenten.

3. VAPrV. 4 104. Das Verfahren auf Untersagung des Geschäftsbetriebes wird nicht dadurch gegenstandslos, daß die betroffene Gesellschaft vor Rechtskraft der Erstinstanzentscheidung sich freiwillig auflöst.

4. *Könige § 67, 2. Die Untersagung des Betriebs bestimmter Versicherungsarten oder eines von mehreren Versicherungszweigen bedingt nur das Ende dieser Teile. Wird der Betrieb von Versicherungsgeschäften überhaupt untersagt, so ist zwar bei V. immer die Auflösung die Folge, nicht aber bei Aktiengesellschaften; bei einer Aktiengesellschaft kommt es darauf an, ob durch diese Konzessionsentziehung der Gründungszweck unmöglich geworden ist.

5. **a**) Zehnter, ABürgR. 20 4. Die gegen § 67 Abs. 1 verstoßenden Geschäfte sind nichtig. **b**) DJZ. 03 58 (Karlsruhe). VersVerträge mit einer Gesellschaft, der der Geschäftsbetrieb untersagt ist, sind zivilrechtlich gültig.

§ 68. I. 1. *Thaler, HirthsAnn. 02 810 mit 816. Handelt es sich darum, die im § 68 Abs. 2 Satz 2 PrVUG. erwähnte Überschuldung festzustellen, so ist folgendes zu beachten: A. Das Vermögen des Versicherungsvereins umfaßt u. a.: 1. Den Gründungsfonds (§ 22 PrVUG.). 2. Den allgemeinen Reservefonds (§ 37 PrVUG.). 3. Noch besondere Reservefonds: a) der Schädenreservefonds, b) der Gewinnreservefonds, c) der Prämienreservefonds. 4. Die Prämienüberträge. B. Unter den Passivis sind insbesondere folgende zu erwähnen; 1. Ansprüche der Garanten auf Tilgung des Gründungsfonds (§ 51 Satz 1 PrVUG.). 2. Festgesetzte Ansprüche auf die Gewinnreserve. 3. Die privilegierten Ansprüche auf die Prämienreserve bei der Lebensversicherung. 4. Die Ansprüche derjenigen Versicherten, deren Vorausleistungen zu den Prämienüberträgen fielen. 5. Die Kosten der Errichtung und die im ersten Geschäftsjahr entstandenen Kosten der Einrichtung, insoweit sie noch tatsächlich eine Schuld des Vereins bilden.

2. Moldenhauer, Aufsicht 153. Überschuldung liegt vor, wenn der Prämienreservefonds nicht die rechnungsmäßige Höhe hat und keine anderen Mittel (Extrareserven, Nachschüsse) vorhanden sind.

3. Wörner, VV. 161 ff. Die Bilanz ist zur Feststellung der Überschuldung nicht geeignet. Sie erfolgt zwecks Überschußverteilung und enthält z. B. den Gründungsfonds als Passivum, der für die Überschuldungsfeststellung als Vermögensbestandteil gelten muß (vgl. Thaler 810).

4. **a)** Moldenhauer, ZVersWiss. **04** 499. Der Gründungsfonds ist nicht Teil des Vereinsvermögens, sondern eine Schuld des Vereins. **b)** So auch Rehm (2) 121.

5. Wiesner, ABürgR. **28** 312. Die Schadensreserven der Versicherungsgesellschaften und die Prämienreserve sind trotz ihrer Bezeichnung als Reservefonds wirkliche Schulden und als solche bei der Frage der Überschuldung zu berücksichtigen.

II. 1. *Könige § 68 Anm. 2. Der Antrag der Aufsichtsbehörde auf Konkurseröffnung unterliegt keiner Prüfung des Konkursrichters und zwar bei VV. nicht einmal mit der Begründung, daß es an einer Konkursmasse fehle; dagegen findet ausnahmsweise eine Zurücknahme des Konkursantrags nach stattgehabter Konkurseröffnung statt, wenn nachträglich der Rekurs gegen den Konkurseröffnungsantrag von Erfolg begleitet ist.

2. **a)** α. Wörner, VV. 163. § 100 Abs. 3 GenG. ist nicht anwendbar. Es ist also Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse nach § 107 KO., falls nicht von dritter Seite oder auf Anordnung der Aufsichtsbehörde aus dem Vereinsvermögen Kostenvorschuß geleistet wird, zulässig. β. Ebenso: Moldenhauer, Aufsicht 115. γ. Ferner: Manes, GoldschmidtsZ. **52** 108, und Rehm (2) § 68 Anm. 3, die beide auch die Einstellung wegen Unzulänglichkeit der Masse für zulässig halten. δ. Vgl. auch Jäger (2) 829, VAPrV. **4** 42, Naundorff 89. **b)** Deybeck hält (117) die Ablehnung mangels Masse, nicht aber (77) die Einstellung mangels Masse für zulässig. **c)** Gegen die Zulässigkeit der Ablehnung und Einstellung mangels Masse: α. Thaler aaO. 819, β. Könige 186, 139.

3. Rehm (2) § 68 Anm. 3. Masseunzulänglichkeit fehlt beim V. a. G., sofern Mitgliedernachschuß- oder Umlagepflicht nicht ganz oder nicht für den Konkurs ausgeschlossen ist (aM. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 108), also nicht unbedingt, wie Thaler aaO. 820 und Jäger, KO. (2) 588, 596 meinen.

4. **a)** Manes, GoldschmidtsZ. **52** 108. Ein Beschwerderecht wegen Ablehnung mangels Masse hat nur die Aufsichtsbehörde (§ 109 KO.), nicht die Unternehmung. So auch Rehm (2) 287. **b)** Könige 186 gibt der Unternehmung ein Beschwerderecht, wenn es an den nach §§ 68 Abs. 1, 75 erforderlichen Voraussetzungen für den Konkursantrag mangelt.

5. Wegen der Zulässigkeit des Zwangsvergleichs vgl. o. § 52 unter 3.

III. VAPrV. **4** 113. § 68 Abs. 1 Satz 1 u. 2 findet auch auf Gegenseitigkeitsgesellschaften ohne Rechtsfähigkeit Anwendung.

IV. Alexander-Katz, AssekJ. **04** 124, 125. Über ausländische Unternehmungen kann im Inlande Spezialkonkurs nach § 238 Ziff. 1 KO. eröffnet werden. Seine Eröffnung berührt an sich den übrigen Geschäftsbetrieb der ausländischen Unternehmung nicht, ebenso wie ein im Ausland eröffneter Konkurs nicht notwendig den inländischen Spezialkonkurs nach sich zu ziehen braucht (vielleicht nur Maßnahmen nach § 69 Ziff. 1 PrVUG.).

§ 69. 1. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 112 ff. Ein Ermäßigungsrecht (§ 69 Abs. 2) besteht nicht bezüglich Invaliden- und Krankenversicherungen, wohl aber bei Sterbe-, Aussteuer-, Witwen- und Pensionskassen (vgl. v. Knebel-Döberitz

115). Das Sanierungsrecht ähnelt der Enteignung, unterscheidet sich aber in wesentlichen Punkten. Weniger verwandt ist es dem Zwangsvergleiche. Es ist ein besonderes Rechtsgebilde, stammend aus dem englischen Rechte. — Keine Pflicht der Aufsichtsbehörde zur Sanierung. AM. Rehm (1) 103 Note 15, 162 Note 3, der diese Ansicht aber in der 2. Aufl. aufgegeben zu haben scheint.

2. Wörner, VV. 204. Das Ermäßigungsrecht aus § 69 Abs. 2 berechtigt nicht zur Verkürzung anderer Rechte der Mitglieder, insbesondere ihrer besonderen Verwaltungsrechte. Vgl. Manes, GoldschmidtsZ. **52** 112.

3. Wegen Zwangsvergleichs vgl. o. § 52 unter 3.

4. **a)** Wörner, VV. 169. Die auf Grund von § 69 erlassenen Verbote sind Veräußerungsverbote i. S. von § 136 BGB. **b)** Rehm (2) § 69 Anm. 14. Die Verbote nach Abs. 1 haben privatrechtliche, die Ansprüche der Versicherten zeitweilig hemmende Wirkung. § 69 Abs. 2 hat privatrechtlichen Inhalt Zivilklage ist ausgeschlossen. **c)** Vgl. auch Zehnter, ABürgR. **20** 4; s. o. vor §§ 1 ff. unter 3.

2. Verfassung und Verfahren der Aufsichtsbehörden.

§ 71. Moldenhauer, Aufsicht 32. Die Kommissare sind zu selbständiger Verfügung oder Anordnung nie befugt, auch nicht in eilbedürftigen Fällen (aM. Begr. z. Entw. II 46); sie sollen der Aufsichtsbehörde nur tatsächliche Unterstützung leisten, sind aber zu verwaltungsrechtlichen Handlungen gegenüber den Versicherungsunternehmungen nicht autorisiert (ebenso Knebel-Döberitz 118; Rehm (2) 298; Könige 191).

§ 72. Moldenhauer, Aufsicht 30 ff. Die Mitglieder des Versicherungsbeirats müssen eine besondere Sachkunde des privaten, nicht des sozialen Versicherungswesens haben. AM. Rehm (2) 301, der auch die Kenntnis des letzteren genügen läßt. Der Versicherungsbeirat hat nicht das Recht der Initiative.

§ 73. 1. Moldenhauer, Aufsicht 38, 39. Gegen Verwaltungsverfügungen des APrV., gegen die kein Rechtsmittel gegeben ist, ist nur die Möglichkeit, nicht das Recht zur Verwaltungsbeschwerde an das Reichsamt des Innern gegeben. Dieses kann insoweit der Beschwerde stattgeben, Instruktionen erteilen und die Verwaltungsverfügungen aufheben. Dagegen übt das APrV. eine unabhängige richterliche Tätigkeit, die an keinerlei Instruktionen gebunden ist, in den Fällen des § 73 (vgl. Knebel-Döberitz 123).

2. Über die Zulässigkeit der Anfechtungsklage vgl. SächsOVG., SächsOVG. 3 194, ferner das. **4** 241 ff. Vgl. auch SächsOVG. **2** 352.

§ 74. Moldenhauer, Aufsicht 41 ff. Rekurs kann auch vor Zustellung der verkündeten Entscheidung eingelegt werden (ebenso Alexander-Katz 181). Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Rekursfrist ist zulässig. In der Rekursinstanz unterliegt der Nachprüfung auch der auf freiem Ermessen beruhende Teil der angefochtenen Entscheidung (ebenso Alexander-Katz 180). Kein Versäumnisverfahren (ebenso Deybeck 133, Knebel-Döberitz 126, Alexander-Katz 182). Das APrV. kann auch von rechtskräftigen Rekursentscheidungen abgehen, wenn die Sachlage sich geändert hat. Ebenso Deybeck 133, Knebel-Döberitz 126.

§ 80. VAPrV. **4** 105. KaisVO. v. 23. 12. 01 § 18. Die Frist des § 18 besteht im Interesse der nichtständigen Mitglieder des APrV. Die Parteien haben kein Recht auf Einhaltung dieser Frist.

§ 81. 1. Moldenhauer, Aufsicht 36. Es ist unrichtig, wenn man bei der Gebührenberechnung die Rückversicherungsprämien nicht in Abzug bringt (so Deybeck 139, Knebel-Döberitz 130, Könige 206, Müller-Prager 199). Die Rückversicherungsanstalten verursachen dem APrV. keine Kosten. Außerdem werden dann die Rückversicherungsprämien doppelt bestimmt.

2. VAPrV. **3** 119, 120, **4** 85. Gebührenpflichtig ist auch die Prämieneinnahme aus im Inlande abgeschlossenen Rückversicherungen, und zwar auch dann, wenn die direkte im Inland in Rückdeckung gegebene Versicherung sich auf ein im Ausland befindliches Risiko bezieht.

3. VAPrV. **4** 85. Rabatte für Zuweisung eines größeren Komplexes von Sachversicherungen sind abzugsfähig, nicht aber Rabatte, die an Vereine gewährt werden.

VI. Ausländische Versicherungsunternehmungen.

§ 85. I. 1. Eine ausführliche Darstellung der Rechtsverhältnisse der ausländischen Versicherungsunternehmungen im Deutschen Reiche nach PrVUG. gibt Alexander-Katz, AssekJ. **04** 96 ff.

2. Moldenhauer, Die Zulassung ausländischer Versicherungsunternehmungen zum Geschäftsbetrieb in Deutschland, AssekJ. **04** 43 ff. Auch ausländische Gegenseitigkeitsvereine können im Deutschen Reiche, und zwar auch dann zugelassen werden, wenn ihre Verfassung von den §§ 78 ff. abweicht. Die Bestimmung des § 61 PrVUG. bezieht sich ihrer Tendenz nach nur auf die Zulassung inländischer Vereine mit Rücksicht auf deren Rechtsfähigkeit und eine sachgemäße und klare Regelung der Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder. Diese letzterwähnte Regelung läßt sich auch für ausländische Vereine unter entsprechender Anwendung von Abschn. III PrVUG. erreichen. Auch ist bei der Entstehung des PrVUG. nie davon die Rede gewesen, daß ausländische Gegenseitigkeitsvereine nicht zugelassen werden könnten (44). Auszugehen ist bei Prüfung des Geschäftsplans allenthalben davon, daß der Gesamtbetrieb des Unternehmens nicht beeinflußt werden darf, daß also, weil eine unmittelbare Übertragung der Vorschriften des PrVUG. unmöglich ist, in Konfliktsfällen Änderungen insoweit zu gestatten sind, als es sich mit der Wahrung des Interesses der Versicherten vereinbaren läßt, daß aber, wenn dies nicht möglich ist, die Zulassung versagt werden muß (46). Hiervon ausgehend, behandelt Moldenhauer die Form der Satzung des ausländischen Vereins, Firma, Zusammensetzung und Funktionen der Organe, Recht der Versicherten auf Teilnahme an der Verwaltung, Änderung der Satzung und der allgemeinen Versicherungsbedingungen, Mitgliederrechte und -Pflichten, Überschußverteilung (Tontinensystem), Ausgabendeckung, Gründungsfonds, Reservefonds, Inhalt der allgemeinen Versicherungsbedingungen und technische Geschäftsunterlagen (Maß der Zillmerei), und untersucht, mit welchen Modifikationen die Bestimmungen des PrVUG. über diese Punkte auch für ausländische Unternehmungen anwendbar sind.

II. 1. **a)** Rommeney, TarnkesAnn. **05** 177 ff. Ausländische Gesellschaften bedürfen zum rein brieflichen Betriebe der Versicherungen mit dem Inlande keiner Erlaubnis. Dasselbe gilt, wenn eine inländische Gesellschaft brieflich das Versicherungsgeschäft mit solchen Teilen des Deutschen Reichs betreibt, in denen sie keine Konzession hat. In diesen — nach § 108 nicht strafbaren — Fällen kann der Versicherungslustige an seinem Wohnorte untersucht werden, der Arzt ist kein Vertreter oder Bevollmächtigter der Gesellschaft. Ebenso ist es erlaubt, daß für eine inländische Gesellschaft in solchen Fällen eine Person, die in keinerlei Vertragsverhältnis zur Gesellschaft steht, rein gelegentlich in dem nichtkonzessionierten Gebiet einen Vertrag vermittelt. Für ausländische Gesellschaften würde auch diese Art der Vermittelung ohne Erlaubnis nicht zulässig und nach § 108 strafbar sein. **b)** Moldenhauer, Auff. 106. Auf dem reinen Korrespondenzwege ist der Abschluß von Versicherungen ausländischer Gesellschaften gestattet. Die Versicherungsnehmer machen sich nicht strafbar. Entgegenstehende landesgesetzliche Bestimmungen sind aufgehoben. **c)** Alexander-Katz, AssekJ. **04** 97. Ebenso. **d)** Vgl. zu § 87 unter 1.

2. **a)** VAPrV. 1 191. Unzulässig ist das Betreiben von Mäklergeschäften für ausländische, im Inlande nicht zugelassene Versicherungsunternehmungen, gleichgültig, ob die Tätigkeit erfolgt auf Anregung inländischer Versicherungslustiger oder der ausländischen Gesellschaft. Dies hat auch in der Begründung zum Entw. des PrVUG. (RTDrucks. 1900/01 Ziff. 5, 97) Ausdruck gefunden. **b)** VAPrV. 3 120 (vgl. VAPrV. 3 165). Einer in einem Teile des Reiches zugelassenen Unternehmung ist der briefliche Versicherungsabschluß mit Personen, die in anderen Teilen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, nicht erlaubt. Der von einer zugelassenen ausländischen Unternehmung mit Interessenten innerhalb des Reiches brieflich betriebene Abschluß von Rückversicherungen ist aufsichtspflichtig.

III. 1. VAPrV. 4 47. Eine Umgehung des § 85 bedeutet der Betrieb einer inländischen Versicherungsaktiengesellschaft, die finanziell und in ihrer gesamten Verwaltungstätigkeit in weitestem Maße von einer ausländischen, im Reiche nicht zugelassenen Versicherungsgesellschaft abhängig ist.

2. **a)** Moldenhauer, Aufs. 108 ff. Die Bestimmungen des PrVUG., die lediglich die innere Organisation betreffen, sind auf ausländische Gesellschaften nicht anwendbar. Es dürfen also auch ausländische Gegenseitigkeitsvereine zugelassen werden, die nicht gemäß §§ 15 ff. PrVUG. organisiert sind. **b)** Ebenso: Alexander-Katz 194, Knebel-Döberitz 136, 157, 25, Rehm (2) 329, Alexander-Katz, AssekJ. **04** 100. **c)** Manes, GoldschmidtsZ. **52** 125. § 85 schließt nicht aus, daß auch in Zukunft neue außerdeutsche Vereine im Deutschen Reiche zum Betriebe der Gegenseitigkeitsversicherung zugelassen werden. **d)** AM. Deybeck 144. Betrieb der Gegenseitigkeitsversicherung durch ausländische Gesellschaften ist künftig ausgeschlossen.

IV. **a)** *Könige § 85 Anm. 2. Verlegt ein inländisches Unternehmen seinen Sitz in das Ausland, so bedarf dasselbe einer neuen Zulassung als ausländisches Unternehmen. **b)** Ebenso: Alexander-Katz, AssekJ. **04** 98, v. Knebel-Döberitz 42. Nach letzterem verliert in solchem Falle ein Gegenseitigkeitsverein ipso jure seine Rechtsfähigkeit; nach ersterem tritt diese Wirkung nur als Folge der Untersagung ein.

§ 86. Ziff. 3. 1. **a)** VAPrV. **5** 30 ff. Die Niederlassung eines Hauptbevollmächtigten einer ausländischen Gesellschaft ist als Zweigniederlassung in das Handelsregister einzutragen. **b)** AM. LG. I Berlin, VAPrV. **5** 30. **c)** Vgl. u. § 115 unter 5.

2. SeuffA. **59** 432, ZBlFG. **5** 335 (Dresden). Dem Grundbuchamt kann nicht angesonnen werden, die Beweiskraft eines vor 10 Monaten erteilten Zeugnisses des APrV. über die Vollmacht des Hauptbevollmächtigten dadurch zu ergänzen, daß es aus den bisher ausgegebenen Nummern des Reichsanzeigers feststelle, daß ein Widerruf der Vollmacht nicht erfolgt sei.

3. Alexander-Katz, AssekJ. **04** 112. Vollmachtsbeschränkungen äußern Dritten gegenüber keine Wirkung. Die bloße Kenntnis des Dritten von der Vollmachtsbeschränkung ist unerheblich. Nur dann würde die Gesellschaft den Einwand des dolus gegen den Dritten erheben können, wenn dieser mit dem Hauptbevollmächtigten gemeinsam zum Schaden der Gesellschaft kolludiert.

4. Vgl. wegen der Reichshauptbevollmächtigten der am 1. 1. 02 bereits zugelassenen ausländischen Unternehmungen: zu § 92 unter 5.

5. Im übrigen vgl. zu § 115.

§ 87. 1. VAPrV. **5** 112. Auch ein solcher Versicherungsantrag, der bei einer zum inländischen Geschäftsbetrieb zugelassenen ausländischen Gesellschaft von einem Inländer während dessen vorübergehenden Aufenthalts im Auslande gestellt ist,

darf nur unter Mitwirkung eines inländischen Vertreters der Gesellschaft durch Ausstellung einer Police erledigt werden.

2. Alexander-Katz, AssekJ. **04** 106. Durch die Vorschrift des § 87 verliert die ausländische Gesellschaft nicht etwa die privatrechtliche Vertragsfähigkeit. Die inländischen Bevollmächtigten sind keine gesetzlichen Vertreter. Die unter Umgehung derselben geschlossenen Verträge sind privatrechtlich wirksam.

3. **a)** Alexander-Katz aaO. 107. Die von den ausländischen Unternehmungen mit inländischen Versicherten durch inländische Bevollmächtigte geschlossenen Versicherungsverträge unterliegen dem inländischen Versicherungsrecht. Aber auch, wenn solche Verträge im Auslande abgeschlossen sind, muß das inländische Recht zur Anwendung gebracht werden, sofern nicht ein anderer Wille der Parteien ersichtlich ist. **b)** Vgl. hierzu: u. zu § 90 Abs. 1 unter 2.

§ 89. Vgl. zu § 115 unter 4.

§ 90. Abs. 1. 1. Alexander-Katz, AssekJ. **04** 104. Genehmigung von Änderungen des Geschäftsplans und von Bestandsveränderungen erfolgt durch das APrV., soweit ein solcher Antrag sich nicht als neuer Antrag auf Zulassung darstellt und deshalb der Reichskanzler zuständig ist.

2. **a)** **RG.** JW. **01** 657 (zu § 7 RStempG.). Ein Vertrag ist nicht im Auslande geschlossen, wenn der ausländische Vertragsteil seine Erklärung an seinen inländischen Agenten abgibt, und letzterer diese Erklärung durch eigene Mitteilung dem anderen Vertragsteile im Inlande kundgibt. Die perfizierende Erklärung erfolgt in solchem Falle im Inlande durch den Agenten, welcher als Organ der Willensäußerung des Ausländers gegenüber dem inländischen Gegenkontrahenten auftritt. — Vgl. hierzu oben zu § 87 unter 3. **b)** Alexander-Katz, AssekJ. **04** 119. Im Inland abgeschlossene Versicherungen sind: 1. alle irgendwie und irgendwo mit Personen abgeschlossenen Verträge, die im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, 2. alle im Inland geschlossenen Verträge mit Personen, die sich nur vorübergehend im Inland aufhielten oder deren Bevollmächtigte zwecks Vertragsabschlusses im Inlande anwesend waren, 3. alle durch Korrespondenz vom oder nach dem Inlande abgeschlossenen Verträge.

Abs. 2. 1. Alexander-Katz, TarnkesAnn. **04** 773 ff. Die Eintragung von Grundschulden auf Grundstücke einer ausländischen Gesellschaft mit dem Vermerke, daß Verfügung darüber nur mit Genehmigung des APrV. zulässig sei, ist zur Sicherstellung des Prämienreservefonds erlaubt. Die Eintragung kann nicht im Hinblick auf § 137 BGB. abgelehnt werden, auch nicht (wegen ALR. II, 6 §§ 83, 84) wegen fehlender Einwilligung des APrV. Der Hinterlegungsantrag kann von der Direktion der ausländischen Gesellschaft unterzeichnet sein, nicht nötig ist die Unterzeichnung durch den Reichshauptbevollmächtigten. Nur bei Abschluß von Versicherungsverträgen muß die Gesellschaft durch Vertreter — aber nicht notwendig durch den Hauptbevollmächtigten vertreten sein.

2. Alexander-Katz, TarnkesAnn. **04** 432, macht einen Vorschlag zur Handhabung des § 90 (Einreichung der Hypothekenbriefe 2c. zunächst beim APrV., das dann seinerseits gemäß § 39 GBO. die Grundbuchämter um Eintragung des Vermerks ersucht).

3. ZBlFG. **5** 25, OLG. **8** 401 (Hamburg). § 90 enthält zunächst ein gesetzliches Veräußerungsverbot i. S. des § 135 BGB., und zwar zugunsten der am Prämienreservefonds Interessierten. Das APrV. hat nur darüber zu wachen, daß unerlaubte Verfügungen auch tatsächlich unmöglich gemacht werden; die Genehmigung des APrV. stellt nur die Bedingung dar, unter welcher das Veräußerungsverbot im einzelnen Falle seine Wirkung verliert. Das Verbot gilt für alle Rechte. Gegen Dritte wirkt es aber nur nach Maßgabe von § 892 BGB. Der Antrag der Gesellschaft, bei ihrer Eigentümergrundschuld zu ver-

merken, daß über sie nur mit Genehmigung des APrV. verfügt werden kann, bezweckt nur, dem Verbot die Wirkung gegen Dritte zu sichern. Ein solcher Vermerk ist zulässig und Ablehnung dieses Antrags im Hinblick auf § 137 BGB. nicht gerechtfertigt.

4. SächsA. **15** 715 (Dresden). Die Eintragung des Vermerks, daß über eine Hyp. oder Grundschuld nur mit Genehmigung des APrV. verfügt werden kann, stellt weder ein vertragsmäßiges Rechtsgeschäft, noch die Bestellung einer Sicherheitsleistung dar, ist also nicht stempelpflichtig nach Pos. 34b SächsUrk. StempG. v. 10. 6. 98. Mit dem Vermerk ist eine behördlich angeordnete Verfügungsbeschränkung eingetragen. Die Verfügungsbeschränkung enthält kein auf Sicherheitsleistung gerichtetes Privatrechtsgeschäft, denn es wird kein als Sicherheitsleistung sich darstellendes Privatrecht begründet. Der Vermerk bestellt keine neue Sicherheit, sondern erhöht nur die mit dem Prämienreservefonds bereits bestellte Sicherheit. Die Versicherten erlangen keine Rechte. Auch dem APrV. wird keine Sicherheit geleistet. Durch den Vermerk wird vielmehr nur zur Geltung gebracht und sichergestellt das dem APrV. verliehene öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht. Das APrV. ist ähnlich gestellt wie ein Vormund in den Fällen der §§ 1814, 1816 BGB.

5. VAPrV. **5** 100. Die Hinterlegung der den inländischen Prämienreservefonds einer ausländischen Gesellschaft bildenden ausländischen Wertpapiere ist nicht stempelpflichtig i. S. von § 2 RStempG.

VII. Übergangsvorschriften.

§ 92. 1. VAPrV. **4** 85. Zur Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes bedürfen auch die Gesellschaften, deren Satzung und Konzession über den Gebietsumfang des Betriebes nichts sagt, der Genehmigung. Denn es liegt in dem Schweigen kein Rechtstitel, sondern nur ein durch § 92 — der sich übrigens auch auf den bestehenden Auslandsbetrieb bezieht — nicht geschütztes Dulden.

2. VAPrV. **4** 86. Die alten landesrechtlichen Konzessionsbedingungen sind aufgehoben, abgesehen von der durch § 92 aufrecht erhaltenen sachlichen und räumlichen Betriebsbegrenzung. Ebenso auch die kraft Landrechts bestehenden Verpflichtungen (Einreichung von Rechenschaftsberichten, statistischen Nachweisen usw.), abgesehen von §§ 115, 121.

3. VAPrV. **1** 190. Eine Gesellschaft, die noch kurz vor dem 1. Januar 1902 in dem bisher konzessionsfreien Staat mit der Einrichtung eines Versicherungsgeschäfts begonnen hat, aber nicht über vorbereitende Handlungen (Bestellung von Agenten, Prospektversendung usw.) hinausgekommen ist, hat selbst beim Vorliegen einzelner Versicherungsabschlüsse keinen nach § 92 PrVG. zu schützenden Besitzstand erlangt; dieser wird erst durch den tatsächlichen Betrieb von Versicherungsgeschäften während gewisser Dauer und in nennenswertem Umfange erworben.

4. VAPrV. **4** 103. Bei Zuwiderhandlung gegen § 92 Einschreiten nach § 67.

5. **a)** Alexander-Katz, AssekJ. **04** 115 ff. Für die bereits am 1. 1. 02 zugelassenen ausländischen Gesellschaften besteht keine Rechtspflicht, einen Reichshauptbevollmächtigten zu bestellen. Soweit derartige Unternehmungen tatsächlich (z. B. auf Wunsch des APrV.) Reichshauptbevollmächtigte bestellt haben, findet auf diese § 86 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 keine Anwendung. **b)** aM. v. Knebel-Döberitz 145.

§ 93. Vgl. zu § 13 unter Ziff. 1.

§ 96. Gegen § 96 Satz 2 vgl. Tarnke in dessen Ann. **02** 911.

§ 97. VAPrV. **4** 87. Die Rechte an den zufolge früheren Landesrechts von den Gesellschaften bestellten Kautionen sind ohne weiteres auf das APrV. übergegangen; Grundbuchsumschreibung ist nicht nötig. Ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde können solche Kautionen nicht als Bestandteile des Prämienreservefonds angesehen und in das Prämienreserveregister eingetragen werden.

§ 101. VAPrV. **1** 17. Versicherungsvereine a. G., die einen Gründungsfonds besitzen, der unter Bedingungen bezüglich der Verzinsung, Beteiligung am Überschuß und Tilgung zur Verfügung gestellt ist, die mit den Vorschriften des § 22 Abs. 3 u. 4 und des § 47 Abs. 2 im Widerspruche stehen, sind nicht gehalten, bei Umwandelung ihrer Satzung gemäß § 101 Abs. 1 jene Bedingungen mit den genannten Vorschriften in Einklang zu bringen. Die Rechtsverhältnisse der älteren Gründungsfonds sind vielfach sehr eigenartig und es kann nicht Zweck eines Reichsgesetzes öffentlich-rechtlicher Natur sein, in bestehende rein privatrechtliche Verhältnisse und erworbene Rechte beeinträchtigend einzugreifen.

§ 102. 1. **a)** VAPrV. **2** 124. Bei den im § 102 Abs. 1 genannten Unternehmungen ist eine Umgestaltung nach Maßgabe von Abschnitt III PrVUG. auch dann nicht nötig, wenn ein Zulassungsverfahren nach § 96 erfolgt; § 6 Abs. 1 bezieht sich nur auf Neuzulassungen. **b)** Hierzu vgl. auch die in Tarnkes Ann. **04** 662 mitgeteilte Entscheidung. **c)** Gegen die Ansicht des APrV. (o. zu a): Wörner, VV. 243.

2. VAPrV. **3** 166 (vgl. auch VAPrV. **4** 88). Sächsisch-rechtliche Gegenseitigkeitsgenossenschaften können die Zulassung zum Geschäftsbetriebe nach Maßgabe des PrVUG. ohne Umwandelung in Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit erlangen.

§ 103. *Könige § 103 Anm. Neue Vereine a. G. ohne Rechtsfähigkeit sind auf dem Versicherungsgebiete künftig unmöglich.

§ 104. 1. Zum Falle des „Prometheus". **a)** Hagen, Prometheus, DJZ. **02** 256. Die bloße Abwickelung des alten Geschäfts steht der Liquidation i. S. von § 104 PrVUG. nicht gleich, mag auch infolge Entziehung der Konzession der Abschluß neuer Versicherungsverträge ausgeschlossen sein. Es ist auch kein zwingender Grund vorhanden, auf den Fall des „Prometheus" das neue Recht anzuwenden. **b)** VAPrV. **1** 18 ff. Das Aufsichtsamt ist nicht zuständig für eine Versicherungsunternehmung („Prometheus"), deren geschäftliche Tätigkeit bereits vor dem 1. Januar 1902 auf die Abwickelung der bestehenden Verträge und Verbindlichkeiten beschränkt war. § 104 spricht zwar nur von Konkurs und Liquidation; materiell und wirtschaftlich gleichzustellen ist aber die bloße Abwickelung des alten Geschäfts ungeachtet ihrer Nichterwähnung. Dies ergibt sich aus Zweck und Sinn des § 104. Der Aufsicht unterstellt sein sollen nur Unternehmungen, die in wirklichem, auf Fortsetzung und Ausbreitung gerichtetem Betriebe stehen. Die Aufsicht soll auch nach § 66 sich auf Unternehmungen erstrecken, die in Liquidation oder in Abwickelung der bestehenden Versicherungen infolge von Untersagung oder freiwilliger Einstellung des Betriebes sich befinden. Wenn nun § 104 die Aufsicht auf Unternehmungen ausschließt, die bereits vor dem 1. Januar 1902 in Liquidation waren, so muß dies auch für die der Liquidation verwandte Abwickelung gelten und es können nicht solche Unternehmungen, weil sie formell weder im Konkurse noch in Liquidation sind, der Aufsicht unterstellt werden. **c)** LG. I Berlin, KGBl. **02** 56. Das PrVUG. findet auf den „Prometheus" keine Anwendung, weil die Untersagung des Geschäftsbetriebs bereits vor dem Inkrafttreten des PrVUG. rechtskräftig ausgesprochen war.

2. VAPrV. **4** 17, vgl. auch das. 84. § 104 gilt nicht für eine ausländische Gesellschaft, die nach dem Inkrafttreten des PrVUG. nur noch in einem Teile des Reiches Geschäfte betrieben hat. Sie untersteht der Reichsaufsicht auch in

dem Gebiete, wo sie sich schon seit dem 1. 1. 02 auf die Abwickelung bestehender Versicherungen beschränkt hat. Reichs- und Landesaufsicht können nicht nebeneinander bestehen.

3. VAPrV. 5 25. Dem PrVUG. unterfällt nicht eine Kranken- u. Unterstützungskasse, die statutenmäßig schon vor dem Inkrafttreten des PrVUG. die Neuaufnahme von Mitgliedern eingestellt hat und nur gegen Beitragserhöhung ihren Mitgliedern die Krankenversicherung ihrer Angehörigen erlaubt.

IX. Schlußvorschriften.

§ 114. Moldenhauer, Aufl. 65. Der Bundesrat kann nur die Anwendungen von solchen Bestimmungen des PrVUG. anordnen, die nicht Ausfluß einer behördlichen Überwachung sind, z. B. §§ 55, 118, nicht aber z. B. §§ 65, 67, 69. AM. Rehm (2) 380 und Deybeck 188, die annehmen, es könnten zwar nicht auf die Zulassung, wohl aber auf die Beaufsichtigung bezügliche Bestimmungen für anwendbar erklärt werden.

§ 115. Abs. 2. 1. *Könige § 115 Anm. 3. Der Hauptbevollmächtigte ist auch bei V. a. G. Handlungsagent und Handlungsbevollmächtigter.

2. **a)** *Könige § 115 Anm. 4. Die Gültigkeit einer Lebensversicherung ist schon dann gewährleistet, wenn der Hauptbevollmächtigte versichert, daß die in der Police enthaltene Genehmigung von der Zentralleitung herrührt. **b)** Alexander-Katz, AssekI. 04 114. Bei ausländischen Versicherungsunternehmungen hat der Landesbevollmächtigte die Genehmigung der Unternehmung selbst, nicht diejenige ihres Reichshauptbevollmächtigten einzuholen. Der Reichshauptbevollmächtigte schließt nicht die Unternehmung hiervon aus. Doch hat seine Genehmigung nach § 86 Ziff. 3 dieselbe privatrechtliche Wirkung wie die der Zentralleitung. **c)** Vgl. zu § 92 unter 5.

3. Gerichtsstand. **a)** *Könige § 115 Anm. 5. Der Hauptbevollmächtigte kann an seinem Sitze seine eigene Anstalt verklagen. **b)** Moldenhauer, Aufl. 119. Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Hauptbevollmächtigten ist nicht ausschließbar, aber kein ausschließlicher. Durch § 115 Abs. 3 hat den Unternehmungen aber nicht verboten werden sollen, durch die Schiedsgerichtsklausel den Rechtsweg überhaupt auszuschließen. **c)** AM. Alexander-Katz, AssekI. 04 122/123. Nach § 89 ist sowohl die Vereinbarung der Zuständigkeit eines anderen als des daselbst angegebenen Staatsgerichts wie auch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts unzulässig. Erfolgt die Vereinbarung eines Schiedsgerichts trotzdem, so gibt sie der Gesellschaft doch keinen Anspruch auf schiedsrichterliche Entscheidung und keine prozeßhindernde Einrede aus § 274 Ziff. 3 ZPO. Die Zuständigkeit des unrichtig angerufenen Gerichts kann durch Einlassung nach § 39 ZPO. begründet werden. **d)** R. 04 315 (Karlsruhe). Kein ausschließlicher Gerichtsstand wird begründet durch die Policebestimmung, daß die (ausländische) Versicherungsgesellschaft sich dem Gerichte des Wohnortes des (inländischen) Generalagenten unterwirft. Diese Bestimmung begründet auch keinen Gerichtsstand des Wohnsitzes. Vielmehr ist trotz jener Bestimmung die Belangung der Gesellschaft im Gerichtsstande des Vermögens (§ 23 ZPO.) zulässig.

4. ElsLothIZ. 06 436 (Colmar). Die Prämienstundung seitens des Generalbevollmächtigten und anstandlose Entgegennahme verspäteter Prämienzahlung durch den Generalbevollmächtigten bindet die Gesellschaft.

5. **a)** Wörner 132 ff. Die Landeszentralbehörde hat auf die Wahl des Hauptbevollmächtigten keinen Einfluß. Die Aufsichtsbehörde dagegen kann Be-

denken äußern. Ihr untersteht der Hauptbevollmächtigte als Organ der Gesellschaft. Der ausgeschiedene Hauptbevollmächtigte gilt Dritten gegenüber so lange als vertretungsberechtigt, bis sein Ausscheiden in der sonst beim V. a. G. üblichen Weise öffentlich bekannt gemacht ist. Der Geschäftsbetrieb des Hauptbevollmächtigten stellt sich als Zweigniederlassung dar (Anmeldepflicht zum Handelsregister). **b**) Moldenhauer, ZVersWiss. **04** 499, bezweifelt, daß die Ansicht Wörners, der Hauptbevollmächte sei Organ und sein Geschäftsbetrieb sei eine Zweigniederlassung der Gesellschaft, richtig sei. **c**) VAPrV. **4** 102. Der Geschäftsbetrieb des Hauptbevollmächtigten stellt eine Zweigniederlassung dar, die zum Handelsregister anzumelden ist. **d**) AM. KG., VAPrV. **4** 3 ff. (Anh.) s. o. zu § 1 unter I 5, KG., GoldschmidtsZ. **41** 569 ff. (Zusammenstellung der bisher. Judikatur). Vgl. übrigens Staub, Komm. z. HGB. (6 u. 7) I 600, Lehmann-Ring I zu § 200.

§ 116. I. 1. Moldenhauer, Aufsicht 67 ff. Zur Transportversicherung gehört auch die Zeit- und Reisekaskoversicherung. (AM. bezüglich der ersteren Alexander-Katz 242.) Ferner gehört zur Transportversicherung die Versicherung von Fahrzeugen, Wagen und Automobilen gegen Beschädigungen (67). Transport- und Kursversicherung sind auch dann nicht aufsichtspflichtig, wenn sie neben einem aufsichtspflichtigen Versicherungszweige betrieben werden. Wird aber neben der Rückversicherung noch ein aufsichtspflichtiger Versicherungszweig betrieben, so ist auch die Rückversicherung aufsichtspflichtig. AM. Knebel-D. 173, Deybeck 187. (69.)

2. VAPrV. **2** 33. § 116 ist nach seinem Zwecke und Sinne dahin auszulegen, daß der Aufsicht auch solche Gesellschaften nicht unterstehen, die zwar nicht ausschließlich die Rückversicherung, wohl aber neben dieser nur solche Versicherungszweige betreiben, die nicht aufsichtspflichtig sind, also z. B. Rückversicherung und Transportversicherung.

3. Ausländische Gesellschaften. I. § 116 gilt auch für ausländische Gesellschaften; diese bedürfen also keiner Erlaubnis, wenn sie nicht Gegenseitigkeitsgesellschaften sind und Kursverlust-, Transport- oder Rückversicherung betreiben. So: Könige § 85 Note 1, Alexander-Katz § 85 Note 7, Deybeck § 85 Note 2, Rehm (2) 328 aE., Neumann, ZVersWes. **01** Nr. 45. Moldenhauer, Aufsicht 207 (der auch jegliche landesrechtliche Aufsicht für ausgeschlossen und sowohl Art. 10 EGBGB. wie auch § 12 GewO. für unanwendbar erklärt). Hierzu: VAPrV. **1** 17. Soweit inländische Transportversicherungsunternehmungen von behördlicher Beaufsichtigung frei sind, unterliegen auch derartige ausländische Unternehmungen keiner behördlichen Aufsicht gemäß §§ 1, 116 PrVUG., § 85 Abs. 1 das. steht dem nicht entgegen.

II. Dagegen besteht nach dem Kommentar im Assekuranz-Almanach f. 1902, § 116 Note 1, Konzessionszwang auch für ausländische Gesellschaften der im § 116 genannten Art.

III. Elbertzhagen, ZVersWiss. **02** 116 ff., hält an sich § 116 auch bei ausländischen Gesellschaften dieser Art für anwendbar, weil für diese Versicherungsarten die Gesetzgeber die nach § 7 nötigen Prüfungen gleichsam schon vorweg genommen habe. Er weist aber darauf hin, daß dennoch § 86 Abs. 3 anwendbar sei, daß der Reichskanzler also nach freiem Ermessen über die Zulassung entscheiden könne, wennschon er in eine Prüfung nach § 86 Abs. 2 Ziff. 1 nicht einzutreten brauche. Er hält eine offenbare, eventuell noch auszufüllende Gesetzeslücke für gegeben.

§ 119. Vgl. zu § 1 unter III.

§ 120. Moldenhauer, Aufsicht 116. Den Bundesstaaten steht es frei, jederzeit neue Monopole zu schaffen (vgl. auch Alexander-Katz 244; Fuld, Öff. u. Privatvers., ZVersWiss. **01** 142 ff.

§ 121. I. Abs. 1. 1. Präventivkontrolle. **a)** Marck, Geltung von Landesrecht rc., ZVersWiss. **03** 371 ff. An sich würden durch das PrVUG. auch die landesrechtlichen Bestimmungen über polizeiliche Beaufsichtigung der Feuerversicherungsverträge auch nach deren Abschluß aufgehoben sein. Überhaupt würden an sich alle Bestimmungen, die die Aufsicht über private Versicherungsunternehmungen betreffen, aufgehoben sein. Nur die ausdrücklich im Gesetz aufrechterhaltenen Bestimmungen machen hiervon eine Ausnahme. Die Präventivkontrolle sollte radikal aufgehoben sein. Daher sind nicht mehr gültig § 8 und § 10 Abs. 2 HannovVO. v. 24. 1. 1828 (vorherige Anzeige der Versicherungsabsicht an Vermieter und Verpächter, sowie Nachweis dieser Anzeige; Versicherung von Gebäuden nur nach vorgängiger Taxation unter obrigkeitlicher Leitung). Denn Zweck des § 121 ist, daß nicht ein Versicherungsreflektant wegen polizeilicher Vorschriften unversichert abbrenne. **b)** Moldenhauer, Auff. 128. Der Bundesrat kann nicht auf Grund von § 114 die Präventivkontrolle wieder einführen (ebenso Deybeck 121, Alexander-Katz 246, aM. Rehm (2) 376). **c)** Wörner, VV. 206. § 121 Abs. 1 verbietet es auch, vorherige polizeiliche Genehmigung zur Veränderungen und Verlängerungen von Verträgen zu verlangen. **d)** Gegen das Urteil des KG. v. 23. 11. 03 (unten zu **e** ε) vgl. Tarnke, TarnkesAnn. **04** 29 ff. Vgl. ebend. **04** 129 ff., auch die Eingabe des Verbandes deutscher Feuerversicherungen mit Zusammenstellung anderer landesrechtlicher Präventivkontrollbestimmungen, die nach Ansicht der Eingabe aufgehoben sind (Hohenzollern, S.-Mein., Schwarzb.-Rud., Lippe-Detm., Waldeck, Hessen-Darmst., Oldenb., Schamburg-L., Schleswig-Holstein). **e)** α. VAPrV. **5** 14. Gültig ist die Großh. Meckl.-Schw. VO. v. 4. 3. 02 betr. Versicherungen gegen Feuersgefahr (Nr. 11 RegBl. v. 12. 3. 02), ebenso die Kgl. BayVO. v. 11. 9. 72 betr. die Mobiliarfeuerversicherung §§ 10 ff. (RegBl. f. Kgr. Bayern **72** 2113) und das Kgl. SächsG. v. 28. 8. 76 betr. das Mobiliar- und Privatfeuerversicherungswesen §§ 10 ff. (Ges.- u. VOBl. f. Kgr. Sachs. **76** 427, AusfV. v. 20. 11. 76, §§ 38, 44 ff., aaO. 550 ff.). Alle diese Vorschriften enthalten nur die Anordnung einer Nachkontrolle. β. VAPrV. **3** 53 ff. Die im § 7e Kgl. SächsVO. v. 20. 11. 76/18. 10. 76 zur Ausführung des Kgl. SächsG. v. 28. 8. 76/8. 10. 86 und 5. 5. 92 vorgeschriebene jährliche Einreichung zweier Zusammenstellungen hat seitens der Feuerversicherungsgesellschaften künftig durch Vermittelung des APrV. an das Kgl. Sächs. Min. d. Innern zu erfolgen gemäß der Kgl. SächsVO. zur Ausführung des PrVUG. — Das APrV. hat ein Überwachungsrecht nicht nur nach Abs. 3 des § 122, sondern auch hinsichtlich Abs. 1 des § 122 ist es nach §§ 64, 67 befugt, die Befolgung landesrechtlicher Vorschriften zu übernehmen und durchzusetzen. Doppelbestrafung ist ausgeschlossen. γ. Kgl. Sächs. Min. d. Inn., FischersZ. **31** 15 ff. über die künftige Handhabung von § 28 Abs. 2 AusfVO. z. G. über das Mobiliar- und Privatfeuerversicherungswesen v. 20. 2. 76, die an sich noch Gültigkeit hat. δ. WürttJ. **17** 300 ff. (Stuttgart). Nach Art. 9 Abs. 2 WürttG. v. 19. 5. 52 erlosch nach Ablauf von 10 Jahren die gemeinderätliche Beurkundung der Feuerversicherungstaxe und der gesamte Versicherungsvertrag selbst. Diese Bestimmung stellt eine Schranke der Vertragsfreiheit dar. Sie ist durch § 121 PrVUG aufgehoben. ε. KG. KGJ. **27** C 2. Die Vorschriften von § 10 der HannovVO. v. 24. 1. 28 (Zulässigkeit der Feuerversicherung von Gebäuden nur auf Grund amtlicher Taxen) sind noch in Kraft.

2. *Könige § 121 Anm. 1. Landesgesetze können die Auszahlung der

Versicherungssumme davon abhängig machen, daß die staatliche Anstalt für ihren Anteil Zahlungsanweisung erteilt hat.

II. Abs. 2. Über Zwangsbeiträge zu den Kosten des Feuerlöschwesens vgl. Emminghaus, Neumanns ZVersWes. **04** 529 ff.

III. Abs. 3. 1. Moldenhauer, Auff. 126 ff. Das APrV. hat nicht zu überwachen landesrechtliche Bestimmungen über Besteuerung der Versicherungsunternehmungen, über polizeiliche Kontrolle, wohl aber diejenigen über den Fortbestand der Pflichten zur Versicherung notleidender Risiken (§ 121 Abs. 3).

2. Moldenhauer, Auff. 130. § 121 Abs. 3 gestattet nicht, neuen Unternehmungen Verpflichtungen der dort genannten Art aufzuerlegen oder bestehende landesrechtliche Vorschriften zu verschärfen.

§ 122. Wegen der geplanten Änderung bezüglich der Hilfskassen vgl. Hahn, Zum Entwurf eines Gesetzes über die Hilfskassen, ZVersWiss. **06** 292 ff. Vgl. auch Stier-Somlo, DJZ. **06** 234 ff.

§ 124. VAPrV. **3** 19. § 124 kann auch auf sächsisch-rechtliche Genossenschaften (§ 102 PrVUG.) angewendet werden.

§ 125. 1. Reichsrecht und Landesrecht. **a**) Kolonien. Das PrVUG. gilt nicht in den Kolonien, so Wörner, VV. 14, Moldenhauer, Auff. 73, VAPrV. **2** 31. **b**) α. Moldenhauer, Auff. 47. Es besteht ein einheitliches öffentliches Versicherungsrecht sowohl für die der Reichs- wie für die der Landesaufsicht unterliegenden Unternehmungen. Entgegenstehendes Landesrecht ist aufgehoben. β. Dagegen sind nach Rehm (2) 19 alle landesgesetzlichen Vorschriften, auch die mit dem PrVAG. verträglichen und es ergänzenden aufgehoben. Vgl. auch v. Marck, ZVersWiss. **03** 373. **c**) Moldenhauer, Auff. 71 ff. Für Unternehmungen, die keinen Rechtsanspruch gewähren, können landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden. — Auch auf ganz neu entstehende Versicherungszweige findet das PrVUG. Anwendung. **d**) Moldenhauer, Auff. Betreffs der Agenten darf das Landesrecht Bestimmungen treffen (z. B. betreffs der Buchführung), aber nicht Konzessionsprinzip einführen (§ 14 Abs. 2 GewO. bleibt bestehen) oder tatsächlich die Freizügigkeit der Versicherungsunternehmungen beschränken (63). Die Aufsichtsbehörde darf nicht direkte Anordnungen für Agenten erlassen, sondern kann nur mittelbar auf den Geschäftsbetrieb einwirken durch Maßnahmen gegen die Versicherungsunternehmungen (123). **e**) VAPrV. **5** 82 (Anh.) (Hamburg). Die Leiter eines V. a. G. sind nicht verpflichtet, einem vor Inkrafttreten des PrVUG. (August 1901) beitretenden Mitgliede ohne weiteres davon Mitteilung zu machen, daß der Stand des Unternehmens durch das drohende Inkrafttreten des PrVUG. künftig ungünstiger werden wird. Das Mitglied kann wegen eines solchen Unterlassens sich nicht auf §§ 123, 823 BGB. stützen.

2. Das bayerische Reservatrecht. **a**) Gierke, Reservatrecht Bayerns hinsichtlich der Immobiliarversicherung, ZVersWiss. **04** 341 ff. Das bayerische Reservatrecht in bezug auf die Immobiliarversicherung bezieht sich nicht bloß auf die gewerbliche Seite, sondern auch auf die privatrechtliche Seite des Versicherungsrechts. Mit der Bezeichnung Immobiliarversicherung haben die Parteien keinen festen Rechtsbegriff im Auge gehabt, sondern sie haben unter diesem Ausdrucke die Feuerversicherung von Gebäuden und Bauwerken und die Hagelversicherung begreifen wollen. Unter die Gebäudefeuerversicherung fallen auch die Versicherungen von Gebäudebestandteilen und Gebäudezubehörstücken, insofern sie mit Gebäuden zusammen versichert werden. Daher werden von dem bayerischen Reservatrechte nicht ergriffen Versicherungen von Gebäuden gegen Wasserleitungsschäden, Sturmschäden, Hausschwamm, ferner auch nicht die Versiche-

rungen von Bodenerzeugnissen gegen Frostgefahr, Mißwachs, Überschwemmung, mögen diese Versicherungszweige bereits existieren oder später eingeführt werden. **b)** α. Tarnke, TarnkesAnn. **04** 606 ff. Das APrV. hält die Wasserleitungsschadenversicherung offenbar für eine Immobiliarversicherung. Es hat einer Gesellschaft nur unter dem Vorbehalte des § 125 Abs. 4 Erlaubnis erteilt. β. Tarnke, TarnkesAnn. **04** 93 ff., 525 ff. u. a. m., z. T. lebhaft gegen Gierke, ZVersWiss. **04** 341 ff. Die Hagelversicherung fällt nicht unter § 125 Abs. 4. Diese Bestimmung betrifft nur die reine Gebäudeversicherung, nicht die Wasserleitungs-, Sturmschäden-, Maschinenversicherung u. a.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Jahrbuch des Verwaltungsrechts.

Bearbeitet und herausgegeben

von

Professor Dr. Stier-Somlo.

1. Jahrgang.

(Betrifft die Erscheinungen des Jahres 1905.)

1907. Geheftet 11 M. In Halbfranz gebunden 13,25 M.

Der 2. Jahrgang (die Erscheinungen und die Rechtsprechung des Jahres 1906 umfassend) erscheint Mitte Juli 1907.

„Ein außerordentlich dankenswertes Unternehmen, das für das Gebiet des Verwaltungsrechts das gleiche Ziel verfolgt, wie für das Zivilrecht das von Neumann herausgegebene Jahrbuch des Deutschen Rechtes! . . . Eine Fülle von Anregung wird nicht bloß dem Theoretiker und Praktiker des öffentlichen Rechtes, sondern jedem Juristen gewährt. . . Ich hege keinen Zweifel, daß das Jahrbuch des Verwaltungsrechts ein unentbehrliches Hilfsmittel, das natürlich nicht das Selbststudium der vom Leser ermittelten Schriften ersetzen kann und soll, für die beteiligten Kreise werden und daß die ihm gewidmete Arbeit nicht umsonst getan sein wird."

Reichsgerichtsrat Predari (Gruchots Beiträge).

„Ein bedeutsames Unternehmen, das einem gewiß vielfach empfundenen Bedürfnis entgegenkommt. Das Jahrbuch will eine möglichst vollständige Übersicht der gesamten literarischen Produktion auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, die in Büchern und Zeitschriften niedergelegt ist, gewähren und damit der wissenschaftlichen Arbeit wie der Praxis als zuverlässiges Hilfs- und Nachschlagewerk dienen."

(Zeitschrift für badische Verwaltung.)

„Die großen Vorzüge, der hohe wissenschaftliche Wert und die praktische Brauchbarkeit des Werkes sind bereits an anderen Stellen, namentlich in den verwaltungsrechtlichen Zeitschriften gebührend gewürdigt worden. Seine Reichhaltigkeit ergibt sich aus folgender kurzer Inhaltsangabe . . ."

(Zeitschrift für Jagdrecht.)

„Die Zusammenfassung und Bewertung juristischer Geisteserzeugnisse auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts ist an sich schon ein guter Gedanke; wie derselbe durch den bekannten Verwaltungsrechtler Stier-Somlo durchgeführt wurde, das verdient die volle Anerkennung der Vertreter von Theorie und Praxis."

(Zeitschrift für Aktiengesellschaften.)

„Das ganze Werk ist vorzüglich disponiert, knapp, klar und übersichtlich in seinen Ausführungen . . ."

(Gewerbearchiv für das Deutsche Reich.)

— „Es erübrigt nur noch, darauf hinzuweisen, daß das Jahrbuch sich auf das Verwaltungsrecht im weitesten Umfange erstreckt und sich nicht nur auf das Reichsrecht beschränkt, sondern auch die einzelstaatlichen Rechtsgebiete, z. B. das preußische Polizeirecht in allen seinen weiten Verzweigungen berücksichtigt. Es ist nicht zu leugnen, daß der Verfasser sich durch die Begründung dieses weitausblickenden Unternehmens ein großes Verdienst erworben hat, dessen Fortsetzung jeder Fachmann mit großem Interesse entgegen sehen wird.

(Die Arbeiter-Versorgung vom 11. Januar 1907.)

Dieses verdienstvolle Unternehmen, dessen Grundgedanke, Anlage und Ausführung einstimmig als außerordentlich glücklich gehalten wird, ist von vielen Ministerien den nachgeordneten Behörden und Beamten amtlich empfohlen worden.

